BIBLIOTHEQUE DE DROIT
U.d'O.
O.U.
LAW LIBRARY

MANUEL

DE

DROIT ROMAIN

OU EXPLICATION

DES INSTITUTES DE JUSTINIEN

PAR DEMANDES ET PAR RÉPONSES

PRÉCÉDÉ

D'UNE INTRODUCTION HISTORIQUE A L'ÉTUDE DU DROIT ROMAIN
ET D'UNE BIBLIOTHEQUE CHOISIE DE CE DROIT

PAR E. LAGRANGE

Docteur en Droit.

TREIZIEME EDITION

2ÈME TIRAGE

REVUE

PAR H. LAGRANGE

SUBSTITUT DU PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE

MONTREAL

C. THÉORET, LIBRAIRE-EDITEUR

11 et 13, rue St-Jacques

1897

PARU

LE DROIT CIVIL CANADIEN

BASÉ SUR LES

"Répétitions écrites sur le code civil" de Frédéric Mourlon avec Revue de la Jurisprudence de nos tribunaux

Par P. B. MIGNAULT, C.R.

Tôme troisième, contenant le titre des servitudes réelles, celui de l'emphytéose, de l'introduction au livre III, de l'acquisition et de l'exercice des droits de propriété et le titre des successions, 1897

PREFACE.

Le lecteur qui a lu la préface des deux autres volumes de cet ouvrage n'a pas besoin que je lui en explique la nature. J'ai suivi, dans ce troisième volume, le plan que j'avais adopté au commencement, et les signes typographiques qui indiquent la partie originale de ce traité, feront voir quel a été le travail personnel de l'auteur.

Nous sommes enfin entrés dans ce que je pourrais peut-être appeler la région des **grands titres du code civil;** ce volume ne comprend donc que trois titres : Les **Servitudes réelles,** l'**Emphytéose** et les **Successions.** à quoi il faut ajouter l'introduction du livre III **De l'acquisition et de l'exercice des droits de propriété.** Mais si le nombre des sujets est restreint, la complication des divisions et des subdivisions, la quantité des détails et la multiplicité des questions qu'il a fallu résoudre, n'ont fourni une matière très abondante que j'ai condensée autant que possible, tout en élargissant quelque peu le cadre de Mourlon.

Deux des titres que j'ai expliqués,—ceux des **Servitudes réelles et des Successions**—se trouvent dans le code Napoléon ; le troisième, le titre de l'**Emphytéose,** bien que le contrat lui-même ne soit pas inconnu en France, ne figure pas au code français. Cette partie de mon travail est donc **entièrement originale.** Les autres titres diffèrent en maints endroits de ceux du code Napoléon, et là encore, il a fallu un **travail personnel.** Enfin, je puis ajouter que souvent, même lorsqu'il ne s'agissait pas de différences essentielles, j'ai préféré ne pas reproduire le texte de Mourlon que de le mutiler. En somme, comme dans le cas des autres volumes, **un tiers de ce volume** —je pourrais peut-être dire davantage —**est original.**

Je n'entreprendrai pas de rendre compte plus en détail des matières que j'ai eu à traiter : un coup d'œil sur les tables suffira pour le lecteur et toute énumération ici serait oiseuse, car elle ne saurait être complète. Ce coup d'œil lui fera également voir combien **ma tâche était lourde.** Il y a telle question où, après avoir rédigé une solution affirmative, j'ai cru devoir préparer une solution négative, sauf à laisser les deux dissertations ensemble dans mes cahiers pendant plusieurs semaines, afin de donner tout le temps possible à la réflexion ; **il y a telle autre solution qui a été faite et refaite jusqu'à cinq fois,** et que je n'ai définitivement adoptée qu'avec beaucoup d'hésitation.

Mais je ne veux pas continuer à me servir de la faculté que l'usage des préfaces a fait accorder à l'auteur de parler de son ouvrage, si ce n'est pour réclamer de nouveau l'indulgence du lecteur. Je l'ai dit ailleurs, c'est un travail de pionnier que je fais en ce moment. On n'exige pas du colon qui s'enfonce dans la forêt qu'il travaille avec art ; il suffit qu'il défriche le terrain, qu'il écarte les plus gros obstacles et qu'il trace la route à ceux qui vont le suivre pour compléter sa tâche. Le droit civil canadien demande surtout — ce me semble — **un travail de défrichement,** l'ère des commentateurs sonnera sans doute plus tard, et je n'ai pas eu d'autre ambition que de leur déblayer un peu la route qu'ils auront à suivre.

Comme dans les autres volumes, j'ai puisé largement dans notre jurisprudence. C'est la seule ressource qui reste quand notre code diffère et du droit ancien et du droit moderne, et souvent même cette ressource manque.

d'Iberville Fortier
113872

MANUEL

DE

DROIT ROMAIN

BIBLIOTHEQUE DE DROIT
U.d'O.
O.U.
LAW LIBRARY

KJA
1089
.L34
1897

AVERTISSEMENT

J'ai apporté tous mes soins à la révision du *Manuel du Droit Romain*, avant de publier cette nouvelle édition.—C'était un devoir pour moi de maintenir au niveau de la science un des ouvrages les plus accrédités du Premier Président Lagrange, mon père.

La perfection de l'œuvre ne m'a pas permis d'en changer la forme, ni d'en modifier sensiblement le texte. Mon soin principal a consisté à ajouter en notes au Manuel un résumé sommaire de toutes les questions nouvellement approfondies par les savants professeurs de nos facultés.

J'ai vérifié aussi, avec la plus grande attention, les citations et les renvois, dans lesquels s'étaient glissées quelques erreurs.

J'espère que MM. les étudiants voudront bien continuer à cet ouvrage la faveur qu'ils n'ont cessé de lui accorder jusqu'à ce jour.

H. Lagrange,

Substitut du Procureur de la République.

PRÉFACE

La plupart des étudiants, ceux-là même qui, pendant le temps consacré à l'enseignement du Droit romain dans nos Facultés, ont suivi les cours, étudié les textes et consulté les commentateurs, sentent le besoin de s'assurer de leur forces et de s'interroger eux-mêmes, avant d'affronter les épreuves auxquelles les règlements de l'Université les soumettent. J'en parle par expérience, et c'est dans mon propre intérêt que j'avais composé le *Résumé de Droit romain* par demandes et par réponses, que j'ai offert, après l'avoir revu et corrigé, à ceux qui m'ont succédé sur les bancs de l'école.

Adoptant la méthode exégétique, j'ai suivi l'ordre des *Institutes*, dont mes réponses doivent être le commencement abrégé. C'est au texte des *Institutes*, qui se lie ainsi intimement à mon ouvrage, qu'appartiennent en général les mots latins qu'on trouvera placés entre parenthèses.

Comme on ne saurait faire les premiers pas dans l'étude du droit romain sans s'apercevoir qu'il ne peut être expliqué et compris qu'historiquement ; comme il n'y a pas dans les Institutes de Justinien une seule institution juridique, pas un seul mot technique qui n'ait ses racines dans les antiquités du droit romain, il m'a paru indispensable de réunir dans une *Introduction* les principales notions historiques et le tableau progressif des institutions du peuple romain. J'y renverrai souvent dans le cours de l'ouvrage.—J'y ai joint quelques renseignements bibliographiques qui peuvent être utiles aux commençants.

La conférence des Institutes de Justinien avec les écrits appartenant à des époques antérieures étant l'un des éléments d'instruction les plus sûrs et les plus importants, j'ai mis fréquemment à profit les fragments des jurisconsultes *Ulpien* et *Paul*, et surtout les Institutes de *Gaius* découvertes, comme on sait, en 1816, et qui ont servi de types à celles de l'empereur. Parmi les interprètes modernes, j'ai préféré ceux qui se sont distingués par une étude scrupuleuse des textes. Mes premiers maîtres ont été *Vinnius* et M. *Ducaurroy*, aux leçons duquel j'ai assisté pendant deux ans. Je n'ai pas négligé toutefois des écrits plus nouveaux, tels que ceux de MM. *Ortolan*, *Etienne*, *du Fresquet*, *Maynz* et *Bonjean*, qui ont reflété la lumière que les travaux de la docte Allemagne ont répandue, depuis quelques années, sur divers points de l'histoire du droit romain.

L'accueil favorable fait aux premières éditions de ce modeste opuscule lui a valu les honneurs d'une contrefaçon belge et de plusieurs imitations, ou tentatives d'imitations françaises. Qu'on me permette de considérer ces emprunts, plus ou moins bienveillants, comme un indice que j'ai atteint le but d'utilité que je m'étais proposé.

INTRODUCTION

HISTORIQUE

A L'ÉTUDE DU DROIT ROMAIN.

Le droit d'un peuple ne se forme pas tout d'un coup ; expression et résultat de sa civilisation, il se développe et se modifie avec elle. Ses transformations, surtout celles qui affectent le droit civil et privé, sont souvent lentes a s'accomplir : elles existent d'abord en germe, et c'est seulement à certaines époques qu'elles sont mises en évidence et faciles à constater.

C'est d'après ces idées, qu'en adoptant une division indiquée par Gibbon et admise par G. Hugo et Mackeldey, on a partagé l'histoire du droit romain en quatre périodes, à la fin de chacune desquelles on peut, en jetant un regard en arrière, observer les changements survenus dans la société romaine, et par suite dans sa législation.—La première de ces périodes commence à la fondation de Rome et finit aux Douze Tables (an de Rome 300 ; avant J.-C. 450).—La seconde finit à Cicéron (R. 640 ; avant J.-C. 100).—La troisième à Alexandre Sévère (R. 1000 ; an 250 de l'ère vulgaire).—La quatrième à Justinien (Rome 1300 ; depuis J.-C. 530) (1).

PREMIÈRE PÉRIODE

De la fondation de Rome à la loi des Douze Tables.

(De l'an 1 à 300 de Rome ; 750 à 450 av. J.-C.)

Les origines de Rome sont encore fort obscures malgré les recherches auxquelles se sont livrés Sigonius, Beaufort, Vico,

(1) Dans son récent ouvrage sur le Droit romain, M. le professeur Demangeat a apporté à cette division les modifications suivantes : la seconde période, commençant à la loi des Douze Tables, se termine a la fin de la République, et la troisième, qui commence à Auguste, finit a Constantin.

BIBLIOTHEQUE DE DROIT
U.d'O.
O.U.

Niebuhr et tant d'autres savants illustres. Bien des systèmes ont été produits, mais tous sont nécessairement empreints d'un caractère conjectural ou d'un défaut de critique qui éloigne la confiance. M. Guérard a émis, il y a quelques années, sur ce mystérieux sujet, une théorie qui n'a pas seulement le mérite d'être neuve, ingénieuse et complète, mais qui a, en outre, l'avantage d'être en harmonie avec les traditions et de jeter une vive lumière sur certains textes. C'est à cette théorie, exposée dans l'*Essai sur l'histoire du droit privé des Romains*, que nous emprunterons une partie de nos rapides aperçus.

Près des bords du Tibre, et sur ces collines célèbres où la nature offrait à la fois des moyens de vivre et des moyens de défense, deux villes ou bourgades rivales s'étaient élevées. L'une située sur le mont Palatin, et dont le nom pélasgique *Roma* (1) semble annoncer que ses fondateurs se rattachaient par des rapports d'origine, de langue et de mœurs, aux anciens peuples de la Grèce, était habitée par une population agricole et pastorale (les Sicules). L'autre, bâtie sur le mont Quirinal, *Quirium* (ville de la lance), était occupée par une population belliqueuse, de race sabellique, vivant de chasse et de fruits.

C'est la fédération de ces deux villes, leur réunion en une seule cité, qui forme l'Etat romain proprement dit. Avant d'arriver à cet événement, disons quelques mots de la constitution intérieure de la cité du Palatin.

Patriciens et Plébéiens.— Faible d'abord et isolé, n'ayant le *connubium* (2) avec aucun de ses voisins, le petit peuple de Rome avait, pour se grossir et se fortifier, employé un moyen souvent mis en usage par les fondateurs des cités antiques : il avait ouvert un asile. Des esclaves, des exilés, des hommes chassés de leur patrie par la terreur des peines ou poussés par l'esprit d'aventure, s'étaient réfugiés autour de l'*oppidum palatinum*, et y avaient formé un faubourg dont l'accroissement rapide et incessant avait bientôt doublé la population primitive. Cette adjonction avait créé, dans l'*urbs romana* deux parties distinctes, la ville haute et la ville basse ; dans le peuple, deux tribus, deux ordres. C'est à l'asile que remontent l'origine de la plèbe et le commencement de l'aristocratie romaine. C'est l'asile qui, en amenant

(1) Différentes opinions ont été émises sur l'origine du nom de Rome. La plus généralement adoptée est celle qui le fait dériver de Ruma qui, chez les anciens Romains, signifiait mamelle.

(2) Droit d'union légitime.

autour du Palatin la lie des peuples voisins, transforme en patriciens ses pâtres et ses laboureurs.

Les réfugiés, en effet, quoique reçus comme citoyens et jouissant, à ce titre, de certains droits, étaient placés, sous un rapport important, dans une condition inférieure à celle des anciens habitants : ils ne pouvaient avoir aucune charge publique. Les fonctions administratives, militaires, sacerdotales appartenaient exclusivement aux anciennes familles (aux *patres* et aux *patricii* (v. p. 13) et nous verrons que l'admissibilité des plébéiens à ces fonctions a été plus tard l'objet d'une longue lutte dans la cité.

A cette différence dans la condition politique des deux ordres, des circonstances particulières avaient bientôt ajouté d'autres et graves différences dans leur condition civile, dans leur droit privé.

Suivant M. Guérard, c'est chez les plébéiens qu'est née cette puissance paternelle si étrange par son énergie et par sa durée, cette constitution de la famille, qui, de l'aveu des Romains, donnait à leur droit un caractère tout à fait exceptionnel. (1)

Dans les familles primitives, dans les familles patriciennes, le droit privé reposait sur ces bases pour ainsi dire naturelles : l'égalité des époux, l'indépendance des enfants, sauf le droit d'autorité et de tutelle accordé au père jusqu'à l'âge de raison, la perpétuité des biens, du nom, des *sacra* dans les familles. Le mariage, formé par le consentement des époux, était consacré par une cérémonie religieuse *(confarreatio)*, après laquelle l'épouse était conduite chez le mari avec une solennité qui attestait qu'elle y entrait comme son égale et comme devant partager avec lui le commandement dans la maison *(ubi tu Gaius, ego Gaia)*. La femme devait sans doute obéissance à son mari, mais une obéissance qui n'avait rien de servile : elle était *uxor* pour lui, *mater* pour ses enfants ; la belle expression de Gordien lui convenait à merveille : *socia rei humanæ atque divinæ*. La dot qu'elle apportait lui restait propre, *res uxoria ;* le mari n'en avait que l'usage et les fruits, et en devait la restitution à la dissolution du mariage. L'enfant avait, en naissant, une personnalité qui croissait et se fortifiait avec lui ; la loi le plaçait pendant un certain temps sous la tutelle de son père ; mais cette tutelle, établie dans son intérêt seul, avait un terme. Un jour venait

(1) *Quod jus proprium civium romanorum est ; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.* Gaius, I, § 55.

où il échappait à l'autorité paternelle ; il devenait maître de maison ; il pouvait acquérir pour lui ; il avait seul autorité sur sa femme et ses propres enfants ; jamais il ne pouvait être pour le père un objet de trafic et de vente. Dans le but de conserver les biens dans la famille, les femmes étaient en tutelle perpétuelle ; le père ne pouvait disposer de sa fortune par acte testamentaire et changer l'ordre des successions, il ne pouvait adopter un enfant qu'en vertu d'une loi *(calatis comitiis)*—La famille se perpétuait ainsi, unie seulement par un lien de filiation qui n'a rien de commun avec ce lien de puissance qui constitue la *familia* des Romains d'après la loi des Douze Tables.

Tel était le droit primitif de Rome ; il était en harmonie avec le droit de la plupart des vieilles cités d'Italie, avec le droit des plus anciens peuples de la Grèce (1) ; il était resté le droit des patriciens.

Il ne fut pas celui des plébéiens. La raison en est dans l'origine historique des familles plébéiennes.— Il est impossible de supposer qu'il n'y ait rien de vrai dans ce que la tradition rapporte sur l'*enlèvement des Sabines*. Sans doute la poésie y a ajouté, mais il faut faire la part de la vérité. C'étaient des individus isolés, des hommes, et non pas des familles toutes formées, qui s'étaient réfugiés dans l'asile romain. Un des plus pressants besoins du nouveau peuple fut donc d'avoir des femmes. Or, d'une part, ces plébéiens n'avaient pas la prétention de s'allier aux anciens habitants, chez qui l'esprit d'exclusion et d'aristocratie augmentait de plus en plus, et qui n'auraient pas voulu laisser tomber leurs filles dans *la fange du peuple de Romulus*. Nous verrons que le mariage était encore interdit par la loi des Douze Tables entre les patriciens et les plébéiens. D'ailleurs, le nombre des femmes patriciennes n'aurait pas été en rapport avec l'ensemble de toute la population. D'un autre côté, la cité du Palatin n'avait, comme nous l'avons dit, le *connubium* avec aucune des nations voisines ; la tradition rapporte qu'il fut demandé et refusé. On eut recours à la violence. Un seul enlèvement, dans des jeux solennels, au milieu de la ville, sur un signal du roi, c'est là probablement la poésie. Une vie de brigands, des incursions soudaines, de petites

(1) C'était aussi le droit des races germaniques, au dire de Tacite. Il est certain, en effet, que chez les Germains, le pouvoir du chef de la famille (le *mundium*), pouvoir de garde et de protection, avait les plus grands rapports avec celui que nous pensons avoir appartenu, dans le principe, au chef de la famille patricienne, à Rome.

victoires, des troupeaux, des esclaves, des femmes enlevées, les belles captives ramenées dans des chariots, sur les gerbes de blé, au milieu de l'expédition triomphante, c'est là vraisemblablement l'histoire.

Ces femmes arrachées à leurs cités, à leurs familles, et que les réfugiés s'unirent, au mépris du *connubium*, par violence, ne furent que des esclaves soumises au domaine absolu du maître, qui pouvait les vendre, les renvoyer, les faire périr. Elles étaient des *mancipia*, comme tout ce qui est enlevé à l'ennemi. Leurs enfants suivirent leur condition ; ils furent *in mancipio, loco servorum*. Le droit de propriété que le père avait sur eux, comme sur la mère, devint la source de toutes les institutions qui organisèrent la famille plébéienne. Le mariage (1), l'adoption, le testament, se firent sous la forme d'une vente *(mancipatio per æs et libram)*. Le père n'agissait pas comme père, mais comme propriétaire; il vendait sa fille à l'époux, son enfant à l'adoptant, son patrimoine à l'héritier de son choix. Sa puissance, qui embrassait tous les droits du maître sur l'esclave, s'étendait sur la vie entière de ses enfants et sur leur postérité, quand ils étaient mâles ; elle ne pouvait être rompue que par la mort ou par un acte d'affranchissement. Les enfants, la femme, n'avaient rien en propre, tout appartenait au chef de la famille ; ce qui avait été apporté par la femme n'était restituable qu'autant que le mari s'y était obligé par un contrat particulier *(ex stipulatu)*, et dans les termes de son obligation.

Les différences profondes qui séparaient ainsi la famille patricienne de la famille plébéienne furent caractérisées par des dénominations dont les patriciens s'enorgueillirent. La famille patricienne fut appelée *gens* (race. génération) ; les individus qui la composaient, *ingenui, gentiles*. La famille plébéienne reçut le nom de *familia*, qui signifie, à proprement parler, patrimoine, propriété (2). Les chefs de familles plébéiennes ne sont pas véritablement *patres*, leurs enfants ne sont pas *patricii* (fils de *patres*) ; on les appelle *patres-*

(1) Le mariage *per æs et libram*, le mariage plébéien, n'était consacré par aucune cérémonie religieuse ; il était accompagné d'une sorte de drame grossier représentant un enlèvement, et destiné sans doute à constater le droit acquis désormais au mari, en rappelant les violences qui fondèrent dans Rome la famille plébéienne.

(2) Primitivement même, la *familia* ne comprenait que les esclaves. Car *familia* vient de *famulus*, qui, en latin, signifie esclave, ou de *famel*, qui avait, en langue osque, la même signification.

familias, *filii-familias*, par un assez étrange accouplement de mots. (1)

La ville du Palatin, Rome, était donc divisée en deux tribus, en deux régions, en deux ordres bien distincts, les patriciens et les plébéiens, les citoyens *optimo jure*, les citoyens *non optimo jure*, les bourgeois et les faubourgeois, la montagne et la plaine, lorsque dans la seconde moitié du VIIe siècle avant l'ère vulgaire, cette ville s'allia avec *Quirium*.

On présente généralement cette réunion comme le résultat d'un traité. Après s'être fait la guerre, les deux petits peuples comprirent que leur intérêt était de s'associer. Les deux tribus de Rome, le Palatin et son faubourg, devaient tirer une grande force de l'incorporation des belliqueux Sabins. Mars vient en aide aux deux jumeaux. Nourris par la louve et le picus, ils grandirent et se développèrent rapidement. Les deux cités n'en devaient plus former qu'une sous le nom de *Roma ;* chaque citoyen en particulier continuait à s'appeler Romain ; mais l'universalité des citoyens devait être désignée sous le nom de *Quirites*. On rencontre dans l'ancien texte du droit public l'expression complexe *populus romanus Quiritium*. ou *populus romanus Quiritesque*.

L'incorporation des Sabins du Quirinal créait dans Rome une troisième tribu. Voici quelle fut, au rapport de Denys d'Halicarnasse, l'organisation du nouvel Etat.

Les Curies.—" Après avoir divisé son peuple en trois " tribus, et les tribus en curies, Romulus partagea le sol en " trente portions égales, et assigna une de ces portions à " chaque curie. Du surplus des terres, il attribua au culte " une partie convenable, et laissa le reste à l'Etat."

Chacune des trois tribus avait son nom, les *Ramnenses*, les *Titienses*, et les *Luceres*. L'étymologie de ces trois noms nous est donnée par Cicéron (2) et par Varron (3), dans des termes

(1) Cette dualité du droit privé primitif a laissé, comme on le verra dans le cours de cet ouvrage, des traces nombreuses et caractéristiques dans toutes les matières du droit postérieur. On verra qu'il existe partout, pour les mariages, pour les adoptions, pour les émancipations, pour les testaments, etc., deux modes légaux et parallèles qui, tenant à des idées et à des traditions manifestement différentes, ne peuvent véritablement s'expliquer que par la diversité des institutions qui régissaient dans l'origine la famille patricienne et la famille plébéienne. (Voyez notam. liv. II, titre X.)

(2) *Populumque et suo et Titii nomine, et Lucumonis qui Romuli socius in Sabino prælio occiderat in tribus tres, curiasque triginta descripserat (Romulus.)* (Cic. *De Rep.* liv. II, § 8.)

(3) *Ager romanus primum divisus in partes tres, a quo tribus appellata Titientium, Ramnium, Lucerum: nominatæ, ut ait Ennius, Titienses a Tatio, Ramnenses a Romulo, Luceres, ut Junius, a Lucumone.* (Varr. *De lingua latina*, liv. V, § 55.)

qui servent à en déterminer l'application. Les *Ramnenses* sont les compagnons de Romulus, les habitants de l'*oppidum palatinum*, les fondateurs et les patriciens de Rome. Les *Titienses* sont les gens de Titius, les Sabins établis sur le Quirinal. Les *Luceres* sont les compagnons de Lucumon, chef des gens d'origine étrusque ou latine, qui étaient venus donner leur concours à Romulus et s'associer à la fortune de la tribu des Palatins ; c'étaient les habitants de la plaine, la tribu subalterne à qui Romulus a bien fait une part dans la distribution du territoire romain, et qu'il a admise à voter dans les assemblées générales du peuple, mais qui continue à être exclue des honneurs et des magistratures publiques, auxquels elle ne participera que plus tard et progressivement.— L'infériorité relative de la troisième tribu paraît aussi certaine que l'égalité des deux autres. Les *Titienses* avaient, en effet, dans la cité, les mêmes droits et les mêmes privilèges que les *Ramnenses* ; ils étaient aussi patriciens.

Chaque tribu se divisait en dix curies, qui se subdivisaient elles-mêmes en dix décuries chacune. Chaque curie avait reçu, dit-on, deux cents arpents *(jugera)* de terres limitées (1) et cultivées. On a remarqué que c'était un espace à peine suffisant pour alimenter les familles entre lesquelles ces terres étaient réparties. Mais la plus grande partie des fortunes consistaient alors en troupeaux qu'on nourrissait sur les terres du domaine public, moyennant une redevance.

Le Roi.—A la tête de l'Etat se trouve un roi élu à vie, chef suprême de la religion, de la justice et de l'armée, président du sénat, avec le concours duquel il administre. En mémoire de la double royauté qui existait sur le Palatin et sur le Quirinal avant la réunion des deux cités, et pour exprimer l'égalité des deux tribus dominantes, on plaçait toujours, à côté du trône du roi, un second trône vide, avec un sceptre et une couronne. Ce double trône rappelait l'association des Ramnes et des Tities, et leur double suprématie. Le roi devait être pris alternativement dans chaque tribu patricienne. Numa est Sabin ; Tullus Hostilius est de la tribu des Ramnes, etc.

Le Sénat.—Réunion des principaux *patres*, formant autour du roi un puissant conseil d'administration, le sénat délibérait sur les affaires publiques, sur les propositions à sou-

(1) *Agri limitati* ou *assignati;* c'est ainsi qu'on appelle les terres qui, par suite d'une assignation ou division opérée suivant certains rites, sont devenues propriétés privées. On nomme *agri occupatorii* ou *arcifinales*, les champs restés la propriété de l'Etat.

mettre aux curies. Composé de cent membres, il fut porté à deux cents lors de l'incorporation des Sabins, et formait vingt décuries représentant les deux tribus privilégiées. Les plébéiens restaient exclus du sénat et de tous les emplois publics.

Comices par curies.—C'était dans l'assemblée des citoyens *(comitia)* que résidait le pouvoir souverain. Quand on avait une décision importante à prendre, le roi, après avoir consulté le sénat, assemblait les curies, et leur soumettait une proposition *(ferre legem)* (1) qui, une fois consacrée par le vote des citoyens prenait le nom de *loi*. Dans ces assemblées, les trois tribus qui composaient la cité, réparties chacune en dix curies, votaient isolées les unes des autres. La majorité dans la tribu se formait par la majorité des curies ; la majorité dans l'Etat se formait par la majorité des tribus, c'est-à-dire que chaque race ou tribu avait un suffrage, sans qu'il fut tenu compte de sa force numérique. Il résultait de là que les deux tribus patriciennes, les Ramnes et les Tities, ayant deux voix, tandis que la tribu plébéienne n'en avait qu'une, étaient maîtresses de toutes les décisions. (2)

Changements dans la constitution.—La constitution que nous venons d'indiquer subsista sans altération pendant environ un siècle et demi. Dans cet intervalle, les deux tribus, les deux races privilégiées, s'étaient mélangées et confondues. Il n'y avait plus dans la cité que deux ordres, deux éléments distincts et déjà rivaux, les patriciens et les plébéiens. La plèbe avait reçu un accroissement considérable. Rome tenait toujours les portes de l'asile ouvertes à tous les aventuriers de l'Italie ; mais c'était surtout par la guerre qu'elle augmentait ses forces. Elle n'était pas encore arrivée à cet immense développement qui lui fit plus tard déverser le trop-plein de sa population dans de nombreuses et

(1) *Ferre legem* ne signifiait pas donner une loi, mais la proposer au peuple ; ce qu'on exprimait aussi par *rogare legem*, à cause de la formule *Rogo vos, Quirites, ut velitis, jubeatis.* On disait de celui qui avait fait passer une loi, *pertulit legem.*

(2) Suivant Niebuhr, dont l'opinion est admise par plusieurs critiques modernes, les patriciens votaient seuls dans les comices par curies ; les plébéiens, répartis dans les trois tribus, mais seulement comme attachés par les liens de la clientèle aux familles patriciennes, n'avaient pas voix délibérative dans ces assemblées, où ils étaient représentés par le chef de la *gens* à laquelle ils appartenaient. Peut-être en était-il ainsi avant la création d'une tribu inférieure ; mais l'admission des *Luceres* au vote des curies nous semble marquer l'entrée des plébéiens aux comices, et expliquer comment on voit, dès les premiers temps de Rome, tous les citoyens prendre part à la nomination des rois.

lointaines colonies ; au temps où nous sommes, elle avait une politique toute contraire : quand elle avait soumis une ville voisine, elle emmenait les vaincus et les incorporait dans la cité. C'est ainsi que les habitants d'Anthemna, de Crustuminum, d'Albe, etc., vinrent par milliers accroître la population romaine et occuper les collines qui entourent le Palatin et le Quirinal. Or, c'était la plèbe qui se grossissait de ces nouveaux citoyens. Les tribus patriciennes n'ouvraient leurs rangs qu'avec peine, et seulement en faveur de quelques grandes familles des cités vaincues. Les étrangers devenus Romains appartenaient donc, en général, à la tribu exclue des sacerdoces et des magistratures, à la tribu où les mariages se faisaient *per æs et libram*, où les enfants étaient *in mancipio*, à la tribu des *patresfamilias* et des *familiæ*. (1)

Les patriciens ne furent donc pas longtemps sans tomber en minorité dans Rome, et le droit privé des plébéiens fut bientôt le droit de l'immense majorité des Quirites. Ce développement de la commune plébéienne amena des changements dans la constitution politique ; il en produisit aussi dans la législation civile, en faisant établir dans la suite le droit privé plébéien comme le droit général de la cité.

Minores gentes.—Le premier changement que subit la constitution primitive de Rome consista dans l'introduction de cent plébéiens dans le sénat. (2) Cette promotion, faite par Tarquin l'Ancien dans le but de gagner l'esprit de la multitude, ne changeait pas toutefois la condition de la plèbe ; cent plébéiens devenaient patriciens et tiges de maisons patriciennes ; mais l'ordre d'où ils étaient sortis n'en restait pas moins exclu du sénat et des magistratures. Les nouveaux sénateurs étaient et continuèrent à être régis, quant à leur état de famille et aux conséquences légales qu'il produisait, par le droit privé plébéien. Ils étaient tous nécessairement ou *patresfamilias* ou *filiifamilias:* ils ne pouvaient pas être *patres*. Ce nom, que le droit privé ne leur permettait pas de

(1) Comme le droit privé de la plèbe, puissance maritale, puissance paternelle, état de famille, droit sur les successions, était particulier à Rome et inconnu à tous les peuples d'Italie, comme les actions judiciaires étaient d'ailleurs soumises à des solennités spéciales et minutieuses, c'était une nécessité pour les étrangers devenus citoyens de se choisir un patron parmi les anciens habitants. Ces patrons étaient pris dans l'ordre patricien qui, occupant les magistratures, avait créé le droit plébéien, et l'appliquait chaque jour. Leur principal devoir était de faire connaître à leurs clients le droit qu'ils devaient suivre. Aussi l'étude du droit fut-elle toujours en honneur à Rome, et les patriciens se glorifiaient d'être jurisconsultes.

(2) Le sénat qui n'était jusque-là que de deux cents membres, se composa désormais de trois cents.

prendre, leur fut refusé dans le sénat. On ne voulut pas les appeler *patres ;* on les appela *conscripti*, c'est-à-dire plébéiens inscrits avec les *patres* pour former le sénat. Leurs familles n'étaient pas des *gentes,* mais des *familiæ ;* on finit par les appeler *minores gentes,* par opposition aux anciennes maisons patriciennes qui prirent alors le nom de *majores gentes.* La promotion de Tarquin, qui fut suivie de plusieurs autres, augmenta l'ascendant du droit plébéien, en lui créant un parti dans le sénat et dans les magistratures.

Des innovations bien plus importantes furent introduites par Servius Tullius, ce protecteur de la plèbe dans les légendes romaines. (1) On lui attribue une tentative dans le but d'établir l'unité du droit privé, tentative qui aurait été bien prématurée, puisqu'elle n'a été réalisée que plus d'un siècle après, par la loi des Douze Tables. (2) On lui doit une nouvelle division en tribus ou quartiers, et surtout la célèbre institution des comices par centuries, qui substitua au vote par races ou curies le vote par classe de richesses.

Division de la cité en nouvelles tribus.—Le peuple romain avait déjà pris sans doute un accroissement qui nécessitait de nouveaux cadres pour sa convenable organisation. Il est probable aussi que les étrangers incorporés dans la cité sollicitaient des distributions de terres qui leur donnassent le caractère de *franes-tenanciers,* en leur assurant une propriété véritable et héréditaire *(dominium)* au lieu de simple *possessio* que des concessions révocables pouvaient leur avoir donnée sur des parcelles de l'*ager publicus* (3). Servius fit

(1) En général, si l'on excepte Tarquin le Superbe, qui fut l'instrument d'une réaction oligarchique, les rois comprirent que c'était sur les plébéiens, qui composaient, dans une proportion toujours croissante, la partie la plus importante de leur armée (l'infanterie), que reposaient toutes les espérances de l'avenir.

(2) Les réformes que Servius fit dans le droit privé n'eurent pas pour objet de faire disparaître entièrement la diversité des coutumes qui régissent la *gens* patricienne et la *familia* plébéienne, mais seulement d'adoucir les conséquences qu'avait pour les plébéiens la législation sur les dettes dont nous allons parler (p. 25) et d'établir entre les deux ordres une certaine égalité relativement aux obligations qui naissaient des contrats et des délits : *leges de contractibus a Tullio latas quæ humanæ et populares videbantur,* Den. v. 2. Ces lois ne furent en vigueur que sous son règne. Tarquin le Superbe les abrogea. La promesse de leur rétablissement fut un des moyens mis en avant par les premiers consuls de la république pour rendre le peuple favorable à la révolution qui renversa la royauté.

(3) En droit, le domaine de l'Etat est imprescriptible. Il n'y a qu'une assignation ou délimitation de terres faite avec des rites particuliers, qui peut créer une propriété privée, en la détachant de l'*ager publicus.* Les concessions obtenues à charge de redevances, ne constituent donc pas une véritable propriété *(dominium),* mais un simple usage,

des associations de terres d'abord dans l'intérieur, puis hors de l'enceinte de la ville ; et abolissant les anciennes tribus où les citoyens avaient été classés d'après leur origine, il partagea la ville en quatre tribus urbaines, d'après la situation des différents quartiers *(Suburrana, Palatina, Collina, Esquilina)*, et créa, dans la campagne de Rome, vingt-six tribus rustiques (1), ce qui porta à trente le nombre des tribus ou quartiers dans lesquels les citoyens étaient répartis alors sans distinction de races (2).

Institution du cens.—Comices par centuries.— L'organisation des centuries, dont les détails ne sont pas parfaitement connus, fut à la fois une organisation politique et militaire, fondée sur la pensée de conférer le pouvoir et les armes qui sont le moyen de le conserver, dans la proportion des fortunes.

Les citoyens furent divisés en cinq *classes*, dans l'ordre de leur fortune constatée par le *cens*.—On appelle ainsi *census* les listes ou le tableau de recensement, dressé tous les cinq ans, et dans lequel chaque père de famille fut tenu de faire inscrire tous les membres de sa famille, et ses biens de toute nature. (3)

La première classe comprit les citoyens qui possédaient 100,000 as ; la seconde, ceux qui en possédaient 75,000 ; la troisième, ceux qui en avaient 50,000 ; la quatrième, ceux qui en avaient 25,000 ; et la cinquième, ceux qui possédaient 11,000 as. Quelques historiens ont fait une sixième classe des citoyens qui avaient moins de 11,000 as ; mais on croit que

une simple possession *(possessio, usus)*, révocable et précaire, du moins à l'égard de l'Etat, car vis-à-vis des tiers cette possession fut garantie plus tard par le droit prétorien, et devint une espèce de propriété.

(1) *Extra urbem in regiones 26 agros viritim liberis attribuit.* Nonnius Marcellus, 1, v° *Viritim.*

(2) Le nombre des tribus fut élevé, plus tard, à trente-cinq.—Cette création de nouvelles tribus ne changeait rien à l'organisation ancienne des curies, qui restèrent concentrées dans Rome ; et les *comitia curiata*, tenus dans le Forum sous l'empire de certains rites sacerdotaux, conservèrent leur caractère primitif et tout municipal. Mais les citoyens des tribus rurales ne pouvant voter dans les comices des curies, on fut amené à rechercher un nouveau mode d'assemblée nationale. Telle fut vraisemblablement l'origine des *comices par centuries.*

(3) Pour reconnaître les citoyens en état de porter les armes, et pour former une sorte de ban et d'arrière-ban, on distinguait dans le tableau du cens, les jeunes hommes des vieillards *(seniores que a juvenibus divisit*, dit Cicéron). Les jeunes gens au-dessous de dix-sept ans n'y figuraient que pour le nombre.—Les esclaves n'y étaient indiqués que par leur quotité, parmi les choses mobilières de leurs maîtres. Aussi verrons-nous que ce fut un moyen de les affranchir que de les faire inscrire nominativement sur le cens, ce qui était la constatation du droit de cité.

c'est par erreur ; ces prolétaires n'entrèrent point dans les classes, et formèrent seulement quelques centuries hors rang pour les ouvriers nécessaires à l'armée et pour les hommes de remplacement.

Les classes furent ensuite divisées en *centuries*, mais inégalement, chaque classe ayant un nombre de centuries proportionné à la masse des biens qu'elle représentait par rapport à la totalité de la fortune imposable, en sorte que la première classe, quoique la moins nombreuse, comprenait à elle seule presque autant de centuries que toutes les autres réunies.

En dehors des classes composées de citoyens destinés à former l'infanterie, (1) se trouvait l'ordre des chevaliers (*ordo equester*), qui se développa dans la suite comme un ordre intermédiaire entre les patriciens et les plébéiens. Le service de la cavalerie n'était fait, dans le principe, que par les patriciens ; il supposait une certaine fortune, car l'équipement militaire, plus cher pour le cavalier que pour le fantassin, était alors à la charge des citoyens : le cheval seul était fourni par l'Etat (*equites equo publico*). Il n'y avait avant Servius que six centuries de chevaliers composées de jeunes gens appartenant aux meilleures familles du patriciat Le roi réformateur en créa douze nouvelles, prises dans les familles plébéiennes les plus distinguées par leur fortune et leur considération (2). Les dix-huit centuries de chevaliers furent assimilées, dans les comices, aux centuries de la première classe et votèrent avec elles.

Enfin on ajouta, comme nous l'avons indiqué, aux centuries de classes quelques centuries additionnelles, où l'on fit entrer, comme musiciens, ouvriers ou hommes de remplacement, les *accensi*, dont le sens était au-dessous de 11,000, les *proletarii* et les *capite censi*, qui, n'ayant rien, ne portaient sur le cens qu'un nom sans propriété. (3)

(1) Les centuries de la 1re classe étaient complètement armées, ayant pour la défensive un bouclier ovale, un casque, une cuirasse et des cuissards d'airain, et, pour l'offensive, la lance, l'épée et le javelot. Les centuries de la 2e classe, au lieu du bouclier ovale, en portait un carré ; elles étaient sans cuirasse, etc. La 4e classe n'était armée que de frondes et de pierres.

(2) Ce fut le roi, puis, plus tard, les consuls, et enfin les censeurs qui nommèrent les chevaliers. Mais il fallait pour être admis dans l'ordre payer un sens qui se rapprochait beaucoup de celui de la 2e classe.

(3) A proprement parler, les *proletarii* étaient ceux qui possédaient moins de 1,500 as et plus de 375 ; mais, dans une acception plus étendue, on appelait prolétaires, non seulement ceux qui possédaient cette pauvre fortune, mais aussi les *capite censi*, qui n'avaient rien ou presque rien.—On appelait *assidui*, de *asses dare*, ceux qui, ayant

Ce fut donc la nation ainsi organisée en centuries que Servius convoqua dans de nouveaux comices *(comitia centuriata)* qui eurent leurs règles particulières et qui furent tenus, *les augures consultés*, non pas au Forum, comme les comices par curies, mais au champ de Mars, hors de l'enceinte de la ville.

Or, comme dans les réunions de citoyens, quelles qu'elles fussent, comices des curies, comices des centuries, comices des tribus, les suffrages individuels ne formaient jamais directement la majorité pour ou contre la proposition mise en délibération, qu'ils concouraient seulement à former le vote de la curie, de la centurie, de la tribu à laquelle chacun appartenait, il en résulta que, quand les comices furent assemblés par centuries, les riches qui avaient un bien plus grand nombre de centuries, avaient aussi, quoique moins nombreux, un plus grand nombre de suffrages que les pauvres. L'équilibre de cette combinaison était tel, au rapport de Cicéron, qu'en supposant la première classe en opposition sur un projet de loi avec toutes les autres, les centuries des chevaliers faisaient pencher la balance du côté où elles se portaient.

Les comices par centuries enlevèrent le pouvoir législatif aux curies, sans que, cependant, les comices par curies fussent abolis. Par un phénomène qui tient au respect des Romains pour leurs traditions, quand une institution ne convenait pas à l'état présent de la civilisation, on créait à côté d'elle une institution nouvelle qui la remplaçait, sans que l'ancienne fût expressément abrogée. C'est ainsi que le vote des lois, les jugements en matière criminelle, la nomination des magistrats, passèrent aux comices-centuries, sans que les comices-curies cessassent d'exister, nominalement du moins. Mais on voit ceux-ci tomber en désuétude, leur emploi se circonscrit de plus en plus. C'est par eux que les pontifes font encore statuer sur des matières religieuses ; ces comices sont encore convoqués deux fois par an pour les solennités des adrogations et des testaments (voy. liv. I, t. XI, liv. II, t. X) ; mais ces comices ne sont plus qu'un simulacre ; les curies sont représentées par trente licteurs, en présence desquels les pontifes accomplissent les symboles et les actes de leur ministère.

plus de 1,500 as, payaient un impôt qui variait suivant la classe à laquelle on appartenait. Les prolétaires étaient exempts de l'impôt et du service militaire. Marius fut le premier qui, à une époque où l'ancienne constitution se dissolvait, enrôla les prolétaires dans les légions romaines.

L'ascendant des comices-centuries fut, au reste, effacé lui-même, au milieu de la seconde période, par celui des comices par tribus *(comitia tributa)*, assemblées nouvelles, où l'on vota par quartier, sans tenir compte ni de la race ni de la fortune, tous les citoyens d'une même localité faisant partie de la même tribu, et où, par conséquent, une prépondérance absolue appartint à la masse plébéienne.

Juges plébéiens. — On attribue aussi à Servius Tullius la création d'une judicature plébéienne que Niebuhr croit être le *tribunal des centumvirs*, et qu'on voit plus tard occuper une place importante dans l'organisation judiciaire. — Ceci nous amène à signaler le caractère particulier que présentent à Rome les anciennes institutions judiciaires et qui s'est conservé, malgré certaines modifications, jusque sous les empereurs chrétiens. Le magistrat investi de la juridiction (le roi, et, après lui, les consuls, puis les préteurs) ne rendait pas lui-même les sentences et n'entrait pas dans la vérification de tous les faits relatifs aux contestations privées ; il aurait été dans l'impossibilité de le faire, lors surtout que les relations des citoyens eurent pris un certain développement. Quand les parties lui avaient exposé le sujet de leurs débats, il déterminait quel était, eu égard aux règles du droit sur la matière, le point véritablement litigieux, et précisant la question à résoudre, renvoyait l'examen de cette question de faits à constater et apprécier à un ou plusieurs juges ou jurés (*judex*, *arbiter*), qui avaient ordre de condamner ou d'absoudre le défendeur suivant que la question aurait été résolue affirmativement ou négativement (1). Ces juges, constitués spécialement pour l'affaire qui leur était déférée, et qu'on appelait juges privés ou jurés *(judex privatus, judices jurati)*, étaient pris d'abord exclusivement parmi les sénateurs. Mais, dès une époque très reculée, on voit que, dans certaines causes, notamment dans celles qui avaient rapport aux questions d'État, aux droits de famille et de succession, le magistrat renvoyait les parties devant un collège de juges, dont le nombre fut porté approximativement à cent, et qui prit le nom de *tribunal des centumvirs*. C'était une sorte de jury permanent. Les centumvirs étaient nommés par les tribus (2)

(1) De là la distinction entre la *jurisdictio*, qui appartenait aux magistrats, et le *judicium*, qui appartenait au juge. Il faut voir sur cette distinction et sur la procédure par jurés en matière civile, ce que nous disons au titre *des actions*.

(2) Il y en avait trois par chaque tribu. Quand les tribus furent portées au nombre de trente-cinq, il y eut cent cinq juges dans le tribunal des centumvirs. V. Festus, v° *centumviralia judicia*.

pour un an ; ils siégeaient au Forum, et se divisaient en plusieurs sections. Cette relation des centumvirs avec les tribus qu'ils représentaient dans l'administration de la justice, et la lance dressée devant le tribunal comme le symbole du domaine et de la souveraineté *(centumviralis hasta)* assignent à l'institution des centumvirs une origine certainement très ancienne, et qui se lie vraisemblablement aux innovations de Servius Quoique les centumvirs aient dû être vraisemblablement choisis d'abord parmi les patriciens, qui étaient seuls, dans le principe, versés dans la connaissance du droit, leur institution n'en fut pas moins plébéienne, au moins par le principe de l'élection.

Les institutions politiques de Servius Tullius, quelque prudentes et justes qu'elles paraissent, furent, pendant environ un demi-siècle, paralysées par la résistance et l'irritation des patriciens. Mais elles furent remises en vigueur après l'expulsion des Tarquins, lorsque les dissensions intestines des patriciens permirent à la plèbe de se faire payer par quelques concessions le concours ou l'inaction dont les familles jalouses du pouvoir usèrent pour renverser la royauté.

Les consuls.—Après l'expulsion des Tarquins, deux consuls, magistrats annuels, pris d'abord parmi les seuls patriciens, et nommés, comme les rois, dans les comices, succédèrent au pouvoir royal, pouvoir qui comprenait le commandement des armées, l'administration proprement dite et le pouvoir judiciaire, lesquels n'étaient pas et n'ont jamais été, à Rome, distingués et séparés comme chez nous.

Un grand pontife fut placé à la tête de la hiérarchie sacerdotale.

Quoique la puissance consulaire fût en apparence aussi illimitée que celle des rois, le peu de durée de cette nouvelle magistrature, la responsabilité qui pouvait atteindre les consuls au sortir de leurs fonctions, leur dédoublement, qui donnait à chacun d'eux le droit de paralyser par son opposition les entreprises de son collègue (1), devaient nécessairement restreindre l'autorité des consuls au profit de l'influence du sénat. Au fond, le renversement de la royauté fut une révolution aristocratique. Délivré de la puissance rivale et modératrice des rois, le patriciat prit sous la république une part

(1) Un des caractères remarquable des magistratures romaines, c'est que chaque magistrat est tout puissant, en ce sens qu'il peut agir sans le concours de ses collègues, sauf le droit d'opposition de ceux-ci. S'il y a deux consuls, ce n'est pas pour que ces deux officiers puissent agir de concert, mais pour que l'un puisse arrêter l'autre, *ne potestas solitudine corrumpatur.*

plus large dans l'administration, et une prépondérance qui ne tarda pas à devenir tyrannique et égoïste. Ce fut alors qu'éclatèrent entre les deux ordres ces querelles sans cesse renaissantes et ces émeutes à la suite desquelles les plébéiens obtinrent successivement, pendant cette première période, les lois *Valeriæ* sur l'appel au peuple *(provocatio*, ans de Rome 245, 305 et 453), les *lois sur les dettes*, l'institution et l'inviolabilité de leurs tribuns (an 260), plusieurs *lois agraires*, la loi Tarpéia, déterminant le maximum des amendes (an 300), et enfin la célèbre législation des Douze Tables (ans 303 et 304). Nous allons donner quelques détails sur ces lois.

Les Leges Valeriæ.—L'*imperium* que les comices conféraient aux rois, et, après eux, aux consuls, leur donnait un pouvoir absolu, et par conséquent le droit de frapper de peines corporelles et de mort tous les citoyens. La première loi *Valeria*, rendue par les centuries sur la proposition du consul Valerius Publicola, fut une garantie devenue nécessaire aux plébéiens contre l'abus de ce pouvoir redoutable. Elle proclamait le droit pour tout citoyen d'en appeler aux comices de la décision du magistrat qui l'aurait condamné à mort ou à être frappé de verges (1).

Cette loi, que les patriciens parvinrent à éluder, tant que son exécution ne fut pas assurée par l'institution et l'intervention des tribuns, fut renouvelée par deux autres lois rendues sur la proposition des consuls qui appartenaient, comme Publicola, à la famille *Valeria*. Le droit d'appel était un privilège attaché à la qualité de citoyen romain, et ne s'appliquait pas aux étrangers, sur lesquels les consuls continuèrent à avoir droit de vie et de mort ; il ne pouvait être invoqué par les citoyens eux-mêmes que dans un rayon d'un mille autour de Rome ; passé cette frontière sacrée, l'*imperium* du consul reprenait son caractère absolu, en vue des nécessités de la discipline militaire.

Quoique les lois *Valeriæ* n'eussent pas abrogé expressément la juridiction criminelle des consuls, elles produisirent indirectement cette abrogation, le magistrat aima mieux porter directement l'affaire au peuple et se constituer accu-

(1) *Ne quis magistratus civem romanum adversus provocationem necaret, neve verberaret*, Cic. *De Rep.*, II, 53 —Cicéron, *De Rep.*, II, 31, et Sénèque, *Epist.* 108, disent que le droit d'appel existait déjà sous les rois. Niebuhr pense qu'il n'existait alors que pour les patriciens. D'autres auteurs supposent qu'il n'existait, sous les rois, que par exception, et seulement quand la condamnation avait été prononcée, non par le roi, mais par des délégués, *duumviri*.

sateur, que de compromettre son autorité par une condamnation que l'appel du condamné pouvait rendre sans effet. Le peuple fut considéré comme ayant seul le pouvoir judiciaire dans les questions capitales (1).

Lois sur les dettes.—Les guerres avaient produit ce double résultat, d'enrichir les patriciens, en augmentant le domaine public dont ils s'attribuaient les plus belles parties en se dispensant souvent de payer la redevance, et d'appauvrir un grand nombre de plébéiens, qui, pour supporter le fardeau du service militaire, avaient été obligés de contracter des emprunts onéreux.

Le taux de l'intérêt n'était pas alors limité par la loi. L'emprunteur pouvait donner en gage non seulement ses biens, mais sa personne et celle des siens, par une vente fictive (*nexum, nec-suum*). S'il ne payait pas à l'échéance, il pouvait être adjugé (*addictus*) par le magistrat à son créancier, et réduit en servitude (*manus injectio*). Or, les patriciens abusaient de la dureté de ces lois, à ce point que Tite-Live, malgré ses préjugés antiplébéiens, rapporte que chaque maison patricienne était devenue une prison dans laquelle, à chaque séance du magistrat, on voyait entraîner des débiteurs chargés de chaînes. Et lorsque ces violences rencontraient quelque résistance, des amendes arbitraires ruinaient ceux qui, cédant à un mouvement de compassion, essayaient d'arracher les malheureux débiteurs aux mauvais traitements qu'ils subissaient.

Cet état de choses amena le premier soulèvement et la retraite de la plèbe sur le mont Sacré. Il fallut des concessions pour apaiser cette sédition. Les dettes furent remises aux insolvables, et tous ceux qui avaient été adjugés à leurs créanciers depuis un certain temps furent mis en liberté. Ce ne fut là, du reste, qu'un sacrifice momentané : la législation sur les dettes fut maintenue pour l'avenir ; on ne comprenait pas alors à Rome que la personne du débiteur ne fût pas le gage du créancier. Le *nexum* et la *manus injectio* se trouvent encore dans la loi des Douze Tables.

(1) Le peuple, au reste, n exerçait pas toujours par lui-même la juridiction criminelle. Les comices déléguaient le plus souvent leurs pouvoirs à des citoyens appelés *quæstores*, qui étaient chargés de présider à ces affaires criminelles (*qui capitalibus rebus præessent*), de diriger l'instruction et de rendre le jugement au nom du peuple. Vers la fin de la république, ces commissions criminelles devinrent permanentes, c'est-à-dire annuelles, au lieu d'être nommées pour chaque affaire, et elles prirent le nom de *quæstiones perpetuæ*. Voyez les détails que nous donnons sur l'organisation de la justice criminelle chez les Romains, au tit. *Des jugements publics*, liv. IV, tit. XVIII.

Tribuns plébéiens.—La garantie la plus forte que les plébéiens obtinrent fut, sans contredit, l'institution et l'inviolabilité de leurs tribuns, inviolabilité qui, mettant ceux-ci à l'abri de toute violence, avait un tel caractère, que quiconque portait atteinte à leur personne était mis hors la loi et pouvait être tué sans que le meurtrier encourût aucune peine. Créé dans le seul but d'avoir une protection contre l'abus du pouvoir consulaire et de maintenir la loi Valéria, qui garantissait contre l'arbitraire la vie des plébéiens, le tribunat ne tarda pas à acquérir une importance imprévue. Dans l'esprit primitif de leur institution, les tribuns, défenseurs des libertés de l'ordre plébéien, n'avaient qu'un droit d'opposition *(le veto)* aux décisions des consuls et du sénat *(intercedere)* ; mais ils entreprirent peu à peu sur le pouvoir souverain, en convoquant le peuple par tribus et en mettant en délibération dans ces assemblées, auxquelles les patriciens se gardaient bien de se rendre, et qui furent ainsi des assemblées entièrement plébéiennes, des décisions *(plebiscita)* qui n'obligèrent d'abord que les plébéiens, mais qui finirent par s'imposer à tous les citoyens et devinrent de véritables actes législatifs (v. p. 38). L'un des droits les plus dangereux que s'arrogèrent encore les tribuns fut celui de traduire devant les tribus les consuls et autres magistrats à la fin de leur magistrature, pour les faire condamner à des amendes arbitraires comme coupables de malversation et d'atteinte aux droits du peuple. —Le nombre des tribuns, de deux, fut porté à dix. Le *veto* d'un seul d'entre eux suffisait pour anéantir l'opposition et les actes de ses collègues. C'était une garantie contre leur puissance, puisqu'il fallait l'unanimité des vues chez les dix tribuns pour que les obstacles qu'ils créaient à l'action des consuls et du sénat pussent se maintenir et amener ceux-ci à entrer dans la politique qui convenait au tribunat.

Lois agraires.—Il faut bien se garder de considérer les *lois agraires* comme ayant porté atteinte à la propriété privée des citoyens ; ce serait faire preuve d'une complète ignorance de la constitution et des mœurs romaines. Les lois agraires n'avaient pour objet que l'*ager publicus*, soit qu'elles ordonnassent une de ces assignations de terre qui faisaient entrer le sol, en le limitant, dans la classe des propriétés privées, soit qu'elles déterminassent, comme le firent les célèbres lois de Licinius et de Gracchus, un *maximum* d'étendue à la possession que chaque citoyen pourrait obtenir sur l'*ager publicus*, à la charge des redevances ordinaires. Nous avons déjà dit que la jouissance accordée à la charge de redevance

sur les terres du domaine public, ne constituait point, à l'encontre de l'Etat, une véritable propriété. L'Etat avait toujours le droit de retirer ses terres aux tenanciers. Or c'est ce qui est arrivé quelquefois. C'est ainsi qu'en 298 on retira aux patriciens le mont Aventin, dont ils jouissaient à charge de redevance, pour le diviser entre les plébéiens et en faire ainsi des propriétés privées. Quant au domaine du citoyen, il était protégé par la consécration religieuse résultant de la délimitation ; y porter atteinte eût été non seulement une violation des droits civils, mais un véritable sacrilège.

Loi des Douze Tables.—Ce ne fut pas seulement dans la vue de substituer à des usages, à un droit purement coutumier, une législation écrite, qui, par sa précision, laissât moins d'arbitraire aux consuls dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, que la rédaction des lois (*scribendis legibus*) fut demandée par les plébéiens. Ce fut surtout dans le but d'établir l'unité du droit privé, de remplacer le droit de *gentes* et celui de *familiæ* par une législation commune aux deux ordres. Voilà pourquoi cette demande éprouva tant de résistance de la part des patriciens. L'an de Rome 293, le tribun Terentillus porta à l'assemblée des tribuns la proposition de nommer dix magistrats investis de tous les pouvoirs publics, et qui seraient chargés de rédiger et de soumettre à la sanction des assemblées nationales un recueil de lois, une sorte de code. Cette proposition, adoptée avec empressement par les tribus plébéiennes, fut rejetée par le sénat ; mais reproduite avec persévérance par les successeurs de Terentillus, elle fut, neuf ans après, acceptée par les patriciens. Les historiens rapportent, et le fait ne paraît nullement invraisemblable à Niebuhr, qu'une députation fut envoyée en Grèce pour y étudier, non pas les lois de Solon, mais les lois postérieures et la constitution politique d'Athène, où la fusion, le rapprochement du moins, des γένος et du δῆμος, les patriciens et la plèbe de cette contrée, avait donné à cette cité une puissance et une splendeur certainement inconnues à Rome. Au retour des députés, les décemvirs furent enfin nommés (1) et rédigèrent en s'entourant de toutes les lumières, un projet qui fut approuvé par le sénat, et voté par les centuries sous les plus heureux auspices (R. 305). Ces lois furent gravées sur dix tables d'airain et exposées au *Forum*, pour que tout

(1) Isidore de Séville, écrivain du VIIe siècle, nous a transmis le nom des dix rédacteurs de la loi des Douze Tables ; ce sont : A. P. Sabin, T. L. Gemetius, P. S. Vaticanus, E. V. Cicurnius, C. J. Tullius, A. Manilius, P. S. Camerinus, Sp. P. Albus, P. H. Pulvillus et T. R. Vaticanus.

le monde pût toujours en prendre connaissance. L'année suivante, de nouveaux décemvirs (car les pouvoirs de ces magistrats étaient annuels comme ceux des consuls qu'ils avaient remplacés) firent passer une loi supplémentaire qui fut gravée sur deux nouvelles tables (R. 304). Ainsi fut complétée cette législation qui, sous le nom de *loi des Douze Tables*, ou *loi décemvirale*, acquit, malgré la chute violente du gouvernement de ses auteurs, une grande autorité, et resta, jusqu'à la chute de l'empire, la base, sinon du droit public, du moins du droit civil et criminel des Romains. (1)

Son but principal fut, comme nous l'avons dit, moins de donner à Rome des lois écrites, que d'établir l'unité du droit privé entre les deux ordres. C'est ce qui explique le laconisme de la plupart de ces dispositions, qui se contentent de consacrer, souvent par un seul mot, tel ou tel usage, telle ou telle institution, sans donner aucun développement, et en se reportant, par conséquent, au droit coutumier, qui était maintenu toutes les fois qu'il n'était pas formellement abrogé ou inconciliable avec la loi écrite.

Les auteurs de la loi des Douze Tables eurent donc à concilier la coutume plébéienne et la coutume patricienne. Mais, sur les points où la transaction n'était pas possible, il fallut opter pour l'une des deux coutumes. Dans cette lutte, le droit des plébéiens, qui était celui de l'immense majorité des citoyens, dut nécessairement l'emporter. C'est ainsi que la loi des Douze Tables fit partout prévaloir dans Rome la puissance paternelle des plébéiens, et, avec elle, les institutions et les droits qui en étaient la conséquence logique, comme le mariage, l'adoption et le testament *per æs et libram*, le partage de la succession entre les individus soumis à la puissance du défunt intestat (2). D'après cette loi, en effet, tous les enfants légitimes tombent dans le domaine du chef de famille, quelle

(1) Il ne nous reste de la loi des Douze Tables que des fragments épars dans les *Pandectes* de Justinien, et dans ce que nous possédons des ouvrages de *Gaius*, *Ulpien*, de *Cicéron*, de *Festus* et de quelques historiens. Plusieurs auteurs, entre autres Godefroy et Pothier, et de nos jours MM. Haubold, Dirksen et Zeil, ont fait des recherches plus ou moins heureuses pour rétablir le texte primitif dans son ensemble. —M. Giraud a placé à la suite de son *Introduction historique* un recueil de fragments de la loi des Douze Tables avec une paraphrase en latin.—Ces fragments sont également reproduits dans le *Manuale juris synopticum* de M. Pellat. (V. page 719.)

(2) Cependant les institutions du droit privé patricien ne disparaissent pas entièrement. L'adoption, le testament, *calatis comitiis*, sont maintenus par respect pour d'anciennes traditions, mais leurs effets sont modifiés, en ce sens qu'ils sont assimilés à ceux de l'adoption et du testament *per æs et libram*. (Voy. liv. I, tit. XI, et liv. II, tit. X.)

que soit la position de la mère dans la maison du mari, quel que soit le mode de mariage qui ait uni les époux ; car le mariage par confarréation est conservé. Plusieurs dignités sacerdotales, comme celle de flamine, ne pouvaient appartenir qu'à des citoyens nés de parents confarréés (*Gaius*, I, § 112). Mais comme le nouveau droit écartait de la succession paternelle ceux qui n'étaient plus soumis à la puissance du défunt, la femme que l'émancipation ou les fonctions sacerdotales avaient affranchie de la puissance paternelle, et qui, par conséquent, n'avait plus de droit dans la succession de son père, eut souvent intérêt à entrer sous la puissance et dans la famille de son mari, pour y acquérir des droits héréditaires : on permit en conséquence aux époux qui se mariaient par confarréation, de joindre à cette antique solennité un pacte particulier (*conventio in manum*), dont l'effet serait de placer la femme dans la famille de son mari, où elle serait assimilée à un enfant, comme la femme mariée, *per æs et libram*. De plus, lorsque la confarréation était pure et simple, lorsqu'elle n'était pas accompagnée de la *conventio in manum*, la femme tombait au pouvoir du mari par l'*usus*, par la possession, après un an d'habitation dans la maison du mari, à moins qu'elle n'eût interrompu cette espèce de prescription en passant trois nuits hors du domicile conjugal (*Gaius*, I, § 112).

Au reste, le pouvoir, le droit de propriété que le chef de famille, le *paterfamilias*, avait sur les diverses personnes composant sa famille, esclaves, femme, enfants, et qui, dans l'origine, était également absolu sur toutes, avait reçu quelques modifications, quelques tempéraments à l'égard de quelques-unes de ces personnes. Aussi présente-t-il des variétés dans la loi des Douze Tables. Cette loi, en effet, distingue dans la main du *paterfamilias* trois différents pouvoirs : 1o la *potestas* ou *potestas dominica*, puissance sur les esclaves véritablement illimitée, qui fait de l'esclave la chose du maître, et donne à celui-ci le droit de vie ou de mort ; 2o la *patria potestas*, puissance sur le fils de famille, que les mœurs ont déjà différenciée de celle sur les esclaves, mais qui donne encore au père de famille le droit d'exposer son enfant, de le tuer, s'il est difforme, de le vendre, le droit de lui infliger, comme juge domestique, les peines qu'il voudra, même la mort ; 3o la *manus*, pouvoir que le mari obtenait, dans certains cas, sur sa femme, et qui assimilait à peu près celle-ci à un fils de famille ; 4o le *mancipium*, pouvoir acquis par achat (par la *mancipatio*), solennité employée pour l'acquisition de la propriété sur une personne libre qui a été vendue par son père

de famille, pouvoir qui, n'assimilant l'individu *in mancipio* à un esclave que sous le rapport du droit privé, lui laissait non seulement la qualité d'homme libre, mais celle de citoyen, et avait, par conséquent, moins d'étendue que la puissance dominicale proprement dite.—Les personne soumises à la puissance du père de famille ne peuvent rien avoir en propre; tout ce qu'elles acquièrent est acquis au père de famille, qui seul a la propriété du tout. *In domo dominium habet*, dit Ulpien.

Actes légitimes.—Ce n'est que dans les sociétés avancées que, l'écriture faisant preuve de tout, on abandonne les formes symboliques, les manifestations dramatiques dont les peuples peu civilisés font usage pour solenniser les contrats ou les faits dont ils veulent que le souvenir soit gardé. Ainsi, dans les premiers siècles de l'histoire romaine, l'usage des actes écrits est à peu près inconnu. La propriété se transmet par la solennité de la *mancipatio* ou de la *cessio in jure*. L'emprunt se contracte par le *nexum*. Le pouvoir du mari sur la femme s'acquiert par les rites religieux de la *confarréation*, ou par la *coemption*, espèce d'achat solennel, de mancipation. Les testaments, les adoptions se font en présence des pontifes, devant une assemblée du peuple *(in calatis comitiis)* ou par l'emploi de la mancipation *(per æs et libram)*. Ces diverses solennités s'appellent *actes légitimes*. Pour en donner une idée exacte, nous rapporterons ici, d'après Gaius, 1, § 119, en quoi consistait la *mancipation*, cette antique et primordiale procédure, de laquelle sont dérivés le *nexum*, la *coemptio*, le testament *per æs et libram*, qui ne sont que des espèces de mancipation, de ventes simulées (1).—Les formalités de la mancipation indiquent qu'elle a pris naissance à une époque où l'argent monnayé n'existait pas encore, le métal s'estimait au poids (2). La cérémonie avait lieu en présence de cinq citoyens romains représentant probablement les cinq classes de Servius Tullius ; un sixième, le *libripens*, tenait la balance. Le prix d'achat était fixé par un morceau de métal, et plus tard, par une pièce de monnaie. L'acheteur,

(1) On emprunta les formes de la vente pour constituer un gage, pour faire sortir la femme de la famille de son père et la faire entrer dans celle de son mari, pour instituer un héritier. Ces emprunts de la forme, pour créer des choses nouvelles et toutes différentes, sont fréquents. C'est par eux que se sont opérés bien des progrès dans le droit civil. C'est par eux que se révèle surtout le génie inventif des jurisconsultes romains.

(2) C'est sous Servius Tullius que l'*as* fut frappé d'une empreinte représentant une tête de bétail, *nota pecudum*, d'où est venu le mot *pecunia*. Auparavant on se servait de l'*æs rude*. L'*as* était un lingot d'airain ou de cuivre qui pesait la livre romaine de douze onces.

saisissant la chose, ou quelque symbole de la chose, objet de la mancipation, prononçait certaines paroles sacramentelles (HUNC EGO HOMINEM—il s'agit d'un esclave—EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO, ISQUE MIHI EMPTUS EST HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA), puis il touchait la balance avec la pièce de monnaie, et la donnait au vendeur qui l'acceptait comme prix de vente.

Actions de la loi.—C'est par des solennités du même genre, appelées *legis actiones*, qu'on procède pour se faire rendre justice. Ces formes symboliques sont elles-mêmes un premier progrès ; elles ont remplacé par des simulacres, les violences réelles qui ont fondé dans Rome, la propriété quiritaire, le droit du vainqueur : la baguette a remplacé la lance, *festuca hasta loco*, dit Gaius, IV, § 16. Ce jurisconsulte nous a conservé les quatre actions que la loi des Douze Tables permettait d'employer dans des cas déterminés : —1o le *sacramentum*, espèce de défi judiciaire par suite duquel celui qui perdait sa cause perdait aussi une somme déposée comme enjeu entre les mains du pontife, et consacrée aux dépenses des sacrifices (1) ; 2o la *judicis postulatio*, demande d'un juge, qui se rapporte vraisemblablement à la division du procès en deux parts, l'une appartenant au magistrat, la préparation de l'affaire et la solution du point de départ (*jurisdictio*) ; l'autre, renvoyée à un citoyen désigné pour juge par le magistrat, l'examen des faits et le prononcé de la sentence (*judicium*) ; 3o la *manus injectio*, saisie corporelle dont nous avons déjà parlé, et par laquelle le créancier reconnu tel par une

(1) Dans les instances en revendication, ce défi était précédé d'un petit drame ou combat symbolique, que nous rapportons ici, d'après Gaius, IV, § 16.—Le demandeur, tenant en main une baguette, touchait l'objet en litige ou un fragment de l'objet, lorsqu'il n'était pas de nature à être transporté en entier devant le magistrat, et prononçait les paroles suivantes : *Hunc ego hominem* (s'il s'agissait d'un esclave) *ex jure Quiritium meum esse aio secundum suam causam, sicut dixi : ecce tibi vindictam imposui.* Et en même temps il apposait la baguette sur l'esclave. L'adversaire prononçait les mêmes paroles sacramentelles et exécutait les mêmes mouvements. Sur quoi, le magistrat intervenant disait : *Mittite ambo hominem.* Puis le demandeur s'adressant à son adversaire : *Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris :* et lorsque celui-ci avait répondu : *Jus peregi sicut vindictam imposui*, les parties se provoquaient à déposer le *sacramentum : quando tu injuria vindicavisti, Dæris sacramento te provoco.*— Remarquez que c'est à cette antique forme de procédure que se rapporte le mot *vindicatio*, qui exprime la réclamation d'une chose ou d'un droit réel. La *vindicatio* d'où nous avons fait le mot revendication, c'est littéralement la réclamation par la baguette ou lance symbolique, *vindicta.*—Nous verrons que c'est aussi à cette forme de procéder que se rapportent les affranchissements par la vindicte, les adoptions, les translations de propriété faites par l'intermédiaire du magistrat (*in jure cessio*) qui n'étaient que des revendications simulées.

sentence, s'emparait de son débiteur, et à moins que celui-ci ne donnât caution, l'emmenait en prison chez lui et le chargeait de fers. Après avoir gardé son prisonnier pendant soixante jours, et après l'avoir, dans cet intervalle, conduit trois fois devant le magistrat, un jour de marché (*tribus nundinis*), en proclamant le montant de la dette et le nom du débiteur, si personne ne se présentait pour répondre de la dette, le créancier, propriétaire de son débiteur, pouvait le tuer ou le vendre à l'étranger (*Trans Tiberim*, Aul. Gell., XX, 1) ; 4o la *pignoris captio*, saisie en gage d'un objet appartenant au débiteur.—Indépendamment des faits et gestes qui constituaient la forme générale du *sacramentum* ou de la *judicis postulatio*, les actions de la loi comprenaient des paroles qui variaient suivant la nature de la contestation, mais qui devaient se rapporter rigoureusement aux termes de la loi des Douze Tables (*verbis legum accommodatur*). Gaius donne l'exemple d'un plaideur qui perdit son procès parce que, s'agissant de ceps de vigne, il avait employé l'expression *vites*, au lieu du mot générique *arbores*, dont la loi des Douze Tables s'était servie et qui devait être sacramentellement reproduit dans l'action de la loi.

Jours fastes ou néfastes.—C'était seulement dans les jours fastes (*dies fasti*) qu'il était permis d'*agir d'après la loi* (*lege agere*) et de rendre la justice. Les procédures faites pendant les jours néfastes (*dies nefasti*) n'avaient aucune valeur. Les affaires judiciaires allant toujours croissant, les pontifes permirent de leur consacrer quelques heures de certains jours néfastes (*dies intercisi*). Cette distinction des jours se rapportait au culte ; et c'est ici le cas d'indiquer quel rôle important le culte jouait dans la société romaine.

Droit sacré.—On a pu juger de l'importance qu'avait à Rome la théocratie, par la dotation réservée au culte lors de la division des terres par Romulus, dotation qui fut renouvelée, dans la suite, lors de la création de chaque colonie. Le culte en effet se mêle à tout ; il intervient dans tous les actes de la vie publique et privée. Il y a des règles théologiques et des cérémonies religieuses, non seulement pour la célébration du culte public (*sacra publica*) et privé ou de famille (*sacra privata*), mais pour déclarer la guerre, pour conclure un traité d'alliance, pour faire une assignation de terres, etc. ; il y en a pour consacrer un champ à la sépulture et aux dieux, pour les mariages, les adoptions, les testaments. L'ensemble de ces règles constitue le droit sacré ou pontifical (*jus sacrum*, *jus pontificium*), qui, suivant Cicéron, occupait une

place notable dans la loi des Douze Tables. Leur tradition était confiée à divers ordres de prêtres, parmi lesquels on distingue: 1o les pontifes, qui prononçaient eux-mêmes dans leur collège, ou faisaient prononcer dans des assemblées spéciales du peuple (*in calatis comitiis*), sur tout ce qui concernait les matières religieuses (1) ; 2o les *augures*, chargés des auspices ; 3o les *féciaux*, qui remplissaient les formalités religieuses dont les déclarations de guerre étaient accompagnées, signaient les traités de paix, et veillaient à leur observation ; 4o les *flamines* et les *vestales*. Les dignités sacerdotales, qui n'étaient point au reste incompatibles pour la plupart avec l'aptitude aux autres fonctions publiques, étaient fort recherchées. Elles étaient conférées à vie et appartenaient exclusivement aux patriciens, qui trouvèrent, dans l'influence superstitieuse qu'elles exerçaient, le moyen le plus puissant de soutenir leur prééminence.

Culture du droit pendant cette période.—Le droit, pendant la première période, ne mérite pas encore le nom de science. La jurisprudence consiste principalement dans la connaissance des diverses *actions de la loi* et des jours *fastes*, connaissance fort peu répandue (2), et que les pontifes et les patriciens se gardent bien de populariser, parce qu'elle est pour eux un moyen de tenir sous leur dépendance les plébéiens, obligés de les consulter, soit sur l'époque où il serait permis de s'occuper de telle ou telle affaire juridique, soit sur les gestes et les termes sacramentels dont on devait se servir dans la procédure. Denys d'Halicarnasse et Pomponius parlent d'un jurisconsulte nommé *Papirius*, qui aurait vécu sous Tarquin le Superbe, et auquel ils attribuent un recueil des lois votées, sous les rois, dans les comices par curies et par centuries (*leges curiatæ et centuriatæ*). Le travail de Papirius est appelé *jus civile papirianum ;* il en reste à peine quelques fragments fort douteux.

(1) C'est à la juridiction des pontifes que Cicéron eut recours pour faire déclarer que son terrain, qui avait été consacré aux dieux pendant son exil, ne l'avait pas été légalement, et pouvait être revendiqué. *Orat. pro domo sua.*— Les jugements (*decreta*) du collége des pontifes formaient une sorte de jurisprudence canonique.

(2) L'intercalation que les pontifes faisaient, tous les deux ans, d'un mois entier dont la longueur variait de 22 à 23 jours, rendait le calcul du calendrier assez difficile chez les Romains. D'un autre côté, si l'on remarque que les patriciens occupaient les fonctions auxquelles appartenait la *jurisdictio*, qu'ils étaient souvent désignés pour juger, qu'ils avaient à défendre, non seulement leurs droits, mais ceux de leurs clients, qu'ils avaient depuis longtemps l'intelligence pratique de la plupart des usages et des droits nouvellement et laconiquement formulés dans la loi des Douze Tables, on comprendra qu'ils durent être, même pendant une grande partie de la deuxième période, les seuls versés dans la science naissante et encore mystérieuse du droit.

DEUXIÈME PÉRIODE

Depuis la loi des Douze Tables jusqu'à Cicéron.

(De l'an 300 à l'an 650 de Rome ; 450 à 100 av. J.-C.)

A l'intérieur, le progrès démocratique continue. Il est curieux d'observer la politique adroite des patriciens qui, défendant pied à pied toutes leurs positions, s'efforcent de conserver, ne fût-ce souvent que par des distinctions purement nominales, la tradition de leur supériorité. Ne voulant pas d'abord accorder l'accès du consulat aux plébéiens, ils se passèrent quelque temps de consuls, et en firent remplir les fonctions par des *tribuns militaires*, moins considérés et moins puissants, parce qu'ils étaient plus nombreux. Lorsque le consulat fut emporté, ils le démembrèrent en créant la *censure* (R. 311), la *préture* (R. 387) et l'*édilité majeure* (1). —Mais ces efforts impuissants n'ont point arrêté la décadence nécessaire du patriciat.

A la fin de cette période, les plébéiens, qui forment la grande masse de la nation, ont conquis l'admission à tous les emplois publics, y compris les dignités sacerdotales. Ils ont, par ces admissions mêmes, pénétré en grand nombre dans le sénat. En sorte que les patriciens, effacés comme corps politique, ne composent pas même la partie la plus importante et la plus nombreuse de la noblesse ; ils ne forment, dans l'État, que des familles isolées, sans autre influence que celle qui s'attache à l'illustration de la race et au souvenir des services glorieux rendus à la République par leurs ancêtres.

A l'extérieur, les conquêtes se multiplient. Rome, qui a trouvé une remarquable puissance dans les développements de sa constitution intérieure, dans l'organisation d'une nombreuse classe moyenne, résultat des lois agraires par lesquelles Licinius Stolo et L. Sextius ont fait admettre la plèbe au partage de l'*ager publicus*, en réduisant à un *maximum* l'étendue des terres du domaine public que chacun pourrait

(1) Il existait déjà deux magistrats plébéiens du nom d'édiles. Ils avaient été institués en faveur de la plèbe, à l'époque où les tribuns plébéiens furent déclarés inviolables. Ces magistrats furent réduits à des fonctions subalternes. Aussi les nouveaux édiles prirent-ils le nom d'*édiles majeurs* ou *édiles curules*. A eux appartenait la haute police, le soin de veiller à la conservation des monuments publics, à l'approvisionnement de la ville et à la sûreté publique.

posséder, Rome étend sa domination sur toute l'Italie, et l'y maintient par l'établissement de nombreuses colonies et par l'alliance des villes soumises (*municipia*). Bientôt même les légions romaines, accrues par les contingents alliés, se répandent au delà de l'Italie et jettent dans les provinces les fondements du plus vaste empire qu'il ait jamais été donné à un peuple de posséder.

Avec ces conquêtes vinrent les richesses, le luxe, les étrangers, la civilisation. Tout cela dut faire perdre au caractère des Romains quelque chose de sa couleur primitive ; une teinte plus générale en effaça l'originalité. Le droit subit aussi cette tendance nécessaire ; comme les mœurs dont il est l'expression, il dut se dégager des formes symboliques, perdre de sa rigueur primitive, s'humaniser. Le fait juridique le plus remarquable de cette époque, c'est la naissance, à Rome, d'un droit applicable aux étrangers, du *jus gentium*, qu'on voit s'élever à côté du droit des Douze Tables, du droit national (*jus civile*), si remarquable par la solennité de ses formes et la rigueur de ses principes. Les rapports toujours croissants qui liaient les Romains et les étrangers (*peregrini*) firent rechercher, dans l'équité naturelle, dans les usages qu'on rencontrait chez tous les peuples policés, les principes qui durent servir au règlement des relations qui s'établissaient à Rome, soit de Romain à étranger, soit d'étranger à étranger. Telle est l'origine de ce droit des gens, qui fut placé à Rome même, sous la direction d'un magistrat spécial (*prætor peregrinus*), et qui ne tarda pas à exercer une grande influence sur le droit des Romains entre eux, sur le *jus civile*, que nous verrons se rapprocher insensiblement de *jus gentium*, et, dans la suite, se confondre pour ainsi dire avec lui.

Du reste, la condition des étrangers n'était pas, à beaucoup près, la même. En Italie, avant la guerre sociale, les habitants des *municipes* et des *colonies* (1) étaient dans des positions très diverses. Les uns jouissaient simplement du droit des gens, et n'avaient ni le droit de s'allier aux familles romaines, ni la capacité d'acquérir le domaine quiritaire : c'étaient de véritables étrangers, *peregrini*.— D'autres, plus favorisés, tels que les Latins, avaient obtenu le *commercium* et quelquefois même le *connubium*.— Le *commercium*, qui

(1) Les cités italiennes, *colonies* ou *municipes*, avaient chacune une organisation indépendante assez semblable à celle de Rome, c'est-à-dire leurs assemblées publiques, leur sénat ou corps municipal sous le nom de *curie*, leurs magistrats (*duumviri, quatuorviri*) pris parmi les décurions ou membres de la curie.

les rendait capables d'être propriétaires *jure Quiritium*, de faire tous les actes qui se rattachent à la conservation ou à l'aliénation de ce domaine, tels que la mancipation (1), la *cessio in jure*, le *nexum*, la *vindicatio* et le testament *per æs et libram*, lequel, étant fait dans la forme de la mancipation, était considéré comme un mode d'acquisition compris dans le *commercium*.—Le *connubium*, ou droit d'union légitime, qui entraînait de soi la puissance paternelle, l'agnation et la succession *ab intestat*, laquelle n'était, dans le système de la loi des Douze Tables, que la conséquence de l'agnation. Entre ces étrangers privilégiés et de véritables citoyens, il n'y avait qu'une distinction politique (*civitatis absque suffragio*). On accordait toutefois les droits politiques, le droit de suffrage et l'aptitude aux fonctions publiques, aux magistrats des villes latines au sortir de leurs fonctions : c'était un moyen d'absorber les supériorités locales.—Mais il arriva pour les quasi-citoyens des colonies et des municipes ce qui était arrivé pour les plébéiens vis-à-vis des patriciens. Ils se lassèrent de servir Rome dans les légions auxiliaires, de supporter toutes les charges de la guerre sans avoir part aux bénéfices de la victoire, et d'être exclus des droits politiques par la jalousie d'une cité dont ils avaient fait la grandeur. Ils se soulevèrent, et le résultat de cette guerre sociale fut de leur faire attribuer par les lois Julia et Plautia (R. 662, 663), la plénitude des droits de citoyen. Rome, la maîtresse de l'Italie, n'en est plus désormais que la capitale. Mais les distinctions que la guerre sociale avait effacées en Italie, s'étendirent aux provinces. On accorda à quelques-unes d'elles le *jus latinitatis*, c'est-à dire que leurs habitants eurent une condition analogue à celle des anciens habitants du Latium ; leur territoire fut quelquefois assimilé à celui de l'Italie (*jus italicum*), c'est-à-dire qu'il jouissait des privilèges réservés d'abord aux terres de l'Italie. Il y eut même des municipes ou des colonies qui obtinrent la cité romaine. D'autres restèrent dans la condition ordinaire des *peregrini*. D'autres enfin, les *déditices*, furent, à raison de leur résistance, traités plus durement. Du reste, avec le temps, chaque peuple vaincu reçut une position distincte fixée par un sénatus-consulte spécial, connu sous le nom de *lex provinciæ* (2).

(1) Ulpien dit, t. XIX, 4 : *Mancipatio locum habet inter cives romanos et latinos coloniarios latinosque junianos eosque peregrinos quibus commercium datum est.*

(2) Nous verrons, au surplus, que dans la période suivante, le titre de citoyen fut accordé à tous les provinciaux, comme il l'avait été, dans celle-ci, à tous les Italiens.

Sources du droit pendant cette période.—Les sources du droit, qui, pendant la première période se réduisaient à deux, les *lois* votées dans les comices et les *usages*, se sont multipliées pendant la seconde. On en compte trois pour le droit écrit : les *lois*, les *plébiscites* et les *sénatus-consultes ;* et trois qui se rapportent au droit non écrit ou coutumier : les *usages*, les *édits des magistrats* et les *doctrines des jurisconsultes* ou *prudents*. Nous allons donner quelques explications sur chacune de ces sources.

Les lois.—On appelle *lois* proprement dites, les résolutions votées par le peuple entier *(populus)*, c'est-à-dire par les patriciens et les plébéiens réunis dans les comices par centuries. Le sénat concourt à cette législation ; il en a l'initiative. Ce n'est qu'avec son agrément qu'un magistrat de l'ordre sénatorial, un consul, un dictateur ou un préteur, peut porter des rogations aux centuries. Mais le vote des centuries n'a plus besoin, comme autrefois, d'être confirmé par les curies patriciennes. C'est ce qu'a décidé une des lois du dictateur Publicius Philon (R. 416). Parmi les lois de cette période, on peut remarquer la loi *Canuleia de connubiis* (R. 309), par laquelle fut abolie la disposition des Douze Tables qui interdisait le mariage entre les patriciens et les plébéiens ; la loi *Petilia* (R. 428), qui abolit le *nexum* quant aux personnes, pour ne laisser subsister que l'engagement des biens, et qui, tout en laissant au créancier le droit d'emmener l'*addictus* en prison, défendit de le charger de chaînes, à moins qu'il n'eût été condamné pour crime ; et enfin les lois *Valeria*, *Publilia* et *Hortensia*, dont nous allons parler.

Les plébiscites.—Voici par quels degrés, suivant Niebuhr, les assemblées plébéiennes *(plebs)* sont arrivées à la puissance souveraine. Dans le principe, les délibérations des tribus *(plebiscita)* n'intéressaient et n'obligeaient que les plébéiens. En 305, la loi Valeria en a fait une branche du pouvoir législatif, en les assimilant aux résolutions des centuries, ce qui subordonnait leur validité à l'agrément du sénat et à la confirmation des curies. En 416, la loi Publilia les dispense de la confirmation des curies, en les laissant seulement soumises à l'opprobation du sénat. Enfin un demi-siècle plus tard, le *veto* du sénat est lui-même supprimé par la loi Hortensia (R. 465) (1). Les plébiscites, devenus obligatoires par

(1) Comme plus d'une théorie de Niebuhr, cette interprétation des lois rendues pour assurer la force obligatoire des plébiscites n'est que conjecturale. A en juger par les passages de Tite-Live, de Pline et de Cicéron qui se rapportent aux lois Valeria, Publilia et Hortensia, *De*

eux-mêmes pour tous les citoyens, prennent le nom de *lois*, et deviennent la source la plus abondante du droit écrit. Presque toutes les dispositions législatives ayant trait au droit privé, pendant cette période, sont des plébiscites. Ainsi, la loi *Aquilia*, à laquelle les Institutes ont consacré un titre (liv. IV, tit. III), la loi *Furia* sur les testaments, la loi *Atilia* sur la tutelle, etc., sont des plébiscites et non des lois proprement dites, c'est-à-dire qu'elles ont été votées par les tribus plébéiennes et non par les centuries (1).

Les sénatus-consultes.— Théophile, dans sa paraphrase des Institutes (liv. I, tit. II, § 5), dit expressément que les plébéiens accordèrent force de loi aux sénatus-consultes, précisément à la même époque où le sénat, de son côté, reconnut la validité des plébiscites, c'est-à-dire au temps d'Hortensius. Cette assertion est justifiée par un passage de Cicéron (*top.* V) qui met les sénatus-consultes au nombre des sources du droit. Il y a lieu de supposer, toutefois, que les sénatus-consultes, à cette époque, avaient plutôt rapport à l'administration qu'au droit civil. Il en fut autrement dans la troisième période. Les sénatus-consultes devinrent, sous l'Empire, la source la plus abondante du droit civil.

Les usages.—Il y a des usages qui ont été introduits par les édits des préteurs, il y en a d'autres qu'on attribue aux doctrines des jurisconsultes ; il y en a, enfin, qui ont été transmis de générations en générations, sans que leur origine puisse être déterminée. Ce sont ces anciens usages qu'on voit souvent désignés sous le nom de *jus moribus*, ou *more majorum introductum* ou par les mots *apud nos receptum est*.

Les édits des magistrats. —Le pouvoir judiciaire, qui,

plebiscitis, ces lois semblent avoir été rendues dans des termes presque identiques, ce qui peut faire penser que, de même que la loi Valéria sur l'appel au peuple, les lois qui attribuaient le pouvoir souverain aux assemblées des tribus furent longtemps éludées par les patriciens et eurent besoin d'être renouvelées. Ce qu'il y a de certain, c'est que ce ne fut que depuis la loi Hortensia que la force obligatoire des plébiscites ne fut plus contestée.—Un fait qui peut faire comprendre la soumission des patriciens aux décisions des tribus, c'est qu'en 449, pour donner aux citoyens riches et considérés une influence réelle dans les comices par tribus, le censeur *Fabius* classa ces citoyens dans les tribus rustiques qui étaient, comme on sait, plus nombreuses et ne laissa dans les tribus *urbaines* que le petit peuple, qui fut ainsi réduit à quatre voix sur trente ou trente-cinq. Cette mesure censoriale, qui mérita à son auteur le surnom de *Maximus*, sauva quelque temps la république des perturbations dont elle était menacée par la prépondérance absolue que prenaient les assemblées plébéiennes.

(1) Les plébiscites prenaient ordinairement le nom du tribun qui les avaient proposés, comme les lois proprement dites, celui du consul ou du dictateur qui les avait portées aux centuries.

dans l'origine, et quant aux affaires civiles, appartenait aux rois, était passé aux consuls ; mais, comme nous l'avons déjà dit, dès l'an 387 de Rome, l'administration de la justice fut démembrée du consulat et dévolue à un magistrat particulier nommé *préteur*. Il n'y avait d'abord qu'un préteur, qui n'était compétent que lorsque les plaideurs étaient tous deux citoyens romains. Mais, nous l'avons dit aussi, le nombre toujours croissant d'étrangers qui affluaient à Rome, fit créer un second préteur pour décider les contestations des étrangers entre eux, ou des Romains avec les étrangers. On l'appela *prætor peregrinus*, par opposition au *prætor urbanus*, dont la juridiction ne s'étendait que sur les Romains. Leur charge, comme toutes les dignités de cette époque, à l'exception de la censure, était annuelle.

Les préteurs eurent bientôt une immense influence sur le développement du droit privé. A mesure que s'opéraient dans les mœurs les changements que nous avons indiqués, et que le *jus gentium* se formait à côté du *jus civile*, trop rigoureux, trop dur pour la nouvelle civilisation, on sentait le besoin d'adopter de nouvelles règles plus conformes à l'équité. Mais tel était le respect qu'inspirait la législation des Douze Tables, environnée du prestige de l'ancienneté et de la nationalité, qu'on aima mieux éluder ses dispositions et cesser de les suivre dans la pratique, que de toucher à son texte en quelque sorte sacré. Or, c'est à l'existence de cette pratique, de ces règles nouvelles qui s'introduisaient à côté de la loi des Douze Tables, qu'il faut faire remonter l'usage, la nécessité où furent les préteurs de déterminer, dans des *édits*, les principes d'après lesquels ils rendaient la justice. Ces ordonnances étaient publiées (*in tabulas, in albo*) à l'entrée en fonctions du préteur. Comme elles n'étaient que des actes émanés de magistrats et non des actes législatifs, elles expiraient au bout de l'année, avec le pouvoir de leur auteur, et le magistrat qui suivait pouvait modifier, augmenter, abroger, ce qu'avait ordonné son prédécesseur. Souvent, néanmoins, il adoptait la plupart des chefs de l'édit précédent. Il y eut, en effet, des dispositions d'une utilité si bien sentie, qu'elles se transmirent, chaque année, comme une règle sans dérogation possible. On comprend tous les avantages d'une telle institution, qui permettait de suivre pas à pas tous les progrès de la civilisation. Si une innovation était introduite par un préteur, l'expérience d'une année la faisait maintenir ou rejeter l'année suivante ; et le danger des innovations téméraires était peu redoutable, non seulement parce qu'elles

n'auraient duré qu'un an, mais parce que la crainte de soulever l'opinion publique et de s'exposer à l'intervention des tribuns, éloignait les préteurs de la pensée de heurter arbitrairement les mœurs et de bouleverser sans raison le droit existant. Aussi les préteurs mirent leur gloire à perfectionner le droit plutôt qu'à le changer; ils le tinrent, sans secousse, au niveau des besoins réels de la société, tantôt en aidant le développement du droit civil, tantôt en comblant ses lacunes, tantôt en en corrigeant la rigueur : *adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam*, dit Papinien (D. liv. I, tit. I, L. 7, § 1), en parlant du but et du résultat du droit prétorien.

L'édit ne tarda pas à embrasser toutes les matières du droit privé, et ses perfectionnements furent tels que, déjà du temps de Cicéron, on négligeait l'étude du texte original de la loi des Douze Tables, pour étudier presque exclusivement le droit prétorien : *Ex prætoris edicto, ut plerique nunc in hauriendam juris disciplinam* (Cicér.—*De leg.*, I, 5).

Quant aux moyens ingénieux, subtils, que les préteurs employèrent pour modifier le *jus civile* sans y déroger ouvertement, il serait difficile et prématuré de les exposer ici ; on les trouvera dans le cours de notre *Examen*. C'est ainsi que nous verrons le droit prétorien accorder des actions *utiles* à ceux qui, dans certains cas, n'en auraient point eu d'après le le droit civil ; accorder des *exceptions* à ceux qui eussent été condamnés si l'action eût été donnée purement et simplement d'après la loi des Douze Tables. C'est ainsi encore que nous verrons le droit prétorien accorder, non pas l'héridité ou le domaine quiritaire, qui ne peuvent être attribués que par la loi, mais la simple possession (*bonorum possessio, in bonis habere*), et créer par là une espèce de propriété qui, soumise à des garanties spéciales, à des règles particulières de transmissions plus simples que le *mancipatio* ou la *cessio in jure*, plus générales, plus équitables que celles qui régissent la véritable propriété civile, prévaudra dans l'usage et modifiera, de fait, le droit de succession et de propriété.

Il convient toutefois de remarquer, dès à présent, que ce fut par l'effet du système de procédure alors en usage que les préteurs purent, sans avoir précisément le pouvoir législatif, exercer une telle influence sur les diverses parties du droit privé. On sait que, d'après la division ordinaire du procès en deux parties (*jurisdictio—judicium*), le préteur donnait au citoyen qu'il choisissait pour juge le mandat, l'ordre de condamner ou d'absoudre, suivant telle ou telle circonstance que

le juge devait vérifier. Pour modifier le droit ancien, le préteur n'eut donc qu'à subordonner la décision du juge à la vérification d'un fait, d'une circonstance autre que celle qui, d'après la loi des Douze Tables, aurait déterminé le droit des parties. On éludait ainsi la loi sans l'abroger. C'est ce qui sera expliqué avec plus de développement au titre *Des actions*.

Des préteurs particuliers, puis des proconsuls et des propréteurs administrèrent les provinces. Leurs fonctions juridiques différaient peu de celles des préteurs de Rome. L'édit publié par eux s'appelait *edictum provinciæ*, par opposition à l'*edictum prætoris* des deux préteurs à Rome.

L'édit, ou la partie de l'édit, par lequel le préteur conservait les doctrines de son prédécesseur, était désigné sous le nom de *edictum tralatitium ;* on appelait *edictum novum* l'édit ou la partie de l'édit dans lequel se faisaient remarquer des innovations. On place quelquefois en opposition avec l'édit ordinaire, qui devait subsister pendant toute la durée des fonctions du préteur (*edictum perpetuum*, *annuum*), une espèce d'édits appelés *edicta repentina*, motivés par des circonstances particulières, *prout res incidit :* mais c'est une erreur. Ces édits n'avaient point un caractère général : c'étaient simplement des ordonnances rendues sur procès dans certaines affaires particulières. On en voit des exemples dans les L. 68, 70 D. *De judiciis*, 5, 1, et dans la L. 8, C. *Quom. et quando judex*, 7, 43.

Les préteurs n'étaient pas les seuls magistrats investis du droit de publier un édit en entrant en charge. Le même droit existait en faveur des édiles curules. Mais leur édit ne s'appliquait qu'à certaines branches d'administration, particulièrement à la police des marchés. Il existe au Digeste un titre spécial sur l'édit des édiles (*De ædilitio edicto*).

Le droit introduit par les édits des préteurs et des édiles reçut le nom de droit *honoraire*, parce que ses auteurs *honores gerebant* (1).

(1) Les Romains distinguaient deux espèces de fonctions publiques: les unes donnant lieu à certaines marques extérieures de dignité (*honores*), que les autres n'obtenaient pas (*munera*). Le consulat, la préture, la censure, l'édilité majeure étaient des *honores*, donnant droit aux licteurs, à la chaise curule et aux images (*imagines majorum*). Ces images étaient des statues en cire (*In ceram propagabantur figuræ*, Pline, *Hist.* liv. XXXV, c. II), exposées dans la première cour de la maison, dans l'atrium (*imagines in atrio exponunt. De Benef.*, liv. III, c. XXVIII), et qui, rangées par ordre de génération, étaient portées processionnellement aux funérailles des descendants. C'est par le nombre des images qu'on jugeait de l'ancienneté et de l'illustration de la race. Voy. l'*Histoire des classes nobles*, de M. Granier de Cassagnac, p. 18.

Doctrine ou réponse des prudents.—La loi des Douze Tables était conçue avec un laconisme obscur pour bien des gens. D'un autre côté, les *actions* instituées par cette loi étaient peu nombreuses et ne s'appliquaient qu'à un certain nombre d'affaires en rapport avec le peu d'étendue qu'avaient d'abord les relations privées des citoyens. Les préteurs ne furent pas les seuls qui s'occupèrent de suppléer à cette insuffisance. Avant eux, et autour d'eux, de simples particuliers s'adonnèrent à expliquer, à développer le droit par le raisonnement et l'analogie, et à créer de nouvelles actions, en imitant celles de la loi des Douze Tables. Nous avons vu que cette occupation dut être longtemps réservée exclusivement aux patriciens, auxquels elle assurait une grande influence dans les affaires. Mais, en 449, un événement contribua puissamment à populariser ce genre d'étude. Cn. Flavius, secrétaire d'Appius Claudius-Cœcus, patricien renommé comme jurisconsulte, publia un calendrier avec l'indication des jours *fastes* ou *néfastes*, et un formulaire de toutes les *actions de la loi* alors en usage. Son recueil, qui prit le nom de *jus flavianum*, ouvrait aux plébéiens l'entrée d'une science encore mystérieuse, et mérita une telle popularité à son auteur, qu'il fut successivement nommé tribun et édile curule.—Depuis lors, des citoyens distingués des deux ordres se livrèrent à l'étude du droit. Tibérius Coruncanius, le premier plébéien parvenu à la dignité de grand pontife, introduisit l'usage de répondre publiquement à tous ceux qui venaient le consulter soit sur leurs droits, soit sur la manière d'intenter ou de repousser une action. Il laissa des imitateurs, et de là naquit une classe de savants, *jurisconsulti*, *jurisperiti prudentes*, qui donnèrent des consultations publiques sur le droit (*responsa prudentum*) et se firent les défenseurs des parties au forum (*disputatio fori*). Ces prudents émirent des doctrines qui, en s'accréditant, prirent le nom de *jus receptum*, *sententia accepta*, ou même de *jus civile* (1), et formèrent une partie importante du droit privé.

(1) Cette source de droit, dit Pomponius, ne porte pas un nom particulier comme les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes ; on la désigne sous le nom générique de *jus civile* (H. J., § 5). La raison en est sans doute que les doctrines des prudents n'étaient que le développement de la loi, s'identifiaient ou s'incorporaient avec elle.— C'est le cas de faire remarquer que *jus civile* n'a pas toujours la même signification. Par opposition au droit naturel ou des gens, il signifie le droit propre à une nation, particulièrement le droit civil romain ; dans un sens moins étendu, il embrasse toute la portion du droit romain qui n'est pas le droit honoraire ; enfin, dans le sens le plus restreint, il désigne le droit provenant de la doctrine des prudents.

Parmi les jurisconsultes de ce temps, on distingue Sextus Ælius, qui, suivant Pomponius (H. j. § 7-38), avait composé quelques nouvelles actions pour des cas où elles manquaient, et qui publia un ouvrage nommé *Tripartita*, contenant : 1o les Douze Tables ; 2o l'interprétation ou les doctrines accréditées ; 3o les actions ; c'est-à-dire, à peu près tous l'ensemble du droit privé de cette époque, car le droit prétorien n'avait pas encore l'importance qu'il acquit ensuite, et qui fit de l'édit un sujet d'études et de doctrines nouvelles. Il faut aussi citer, parmi les jurisconsultes de cette période, Caton l'Ancien, qui écrivit des *Commentarii juris civilis* et des *Responsa ;* Caton le fils, l'auteur de la fameuse règle catonienne, à laquelle un titre est consacré au Digeste (I. XXXIV, t. 7) ; Publius et Mucius Scævola ; Manilius à qui l'on attribue les actions maniliennes usitées en matière de vente ; Hostilius, qui avait composé des formules en matière de testament.

Suppression des actions de la loi. —Le premier effet de la divulgation des actions de la loi et de l'usage des consultations publiques, fut de favoriser l'extinction des rapports de clientèle, puisque, dès lors, on n'eut plus besoin d'être le client d'un citoyen pour venir lui demander des conseils. Un autre résultat, ce fut d'introduire, avec la lumière, la critique dans le droit, et particulièrement dans cette procédure jusqu'alors regardée comme quelque chose de sacré. Les actions de la loi, avec leurs drames symboliques et leurs termes sacramentels, finirent par paraître subtiles et sans utilité. Un plébiscite, qu'on croit être de 520, la loi *Æbutia*, les supprima, en ce sens au moins qu'elle ne les conserva que dans les procès portés devant les centumvirs. On leur substitua la procédure formulaire, ainsi appelée parce que l'acte caractéristique de cette procédure consiste dans la *formule*, délivrée par le magistrat pour constituer un juge et lui poser la question qu'il aura à résoudre. Destinées à déterminer avec précision les pouvoirs du juge ou juré, les formules furent composées avec soin, et étaient annoncées d'avance dans l'*Album* du prêteur. Le choix de la formule était très important : aussi est-ce sur ce point et sur la question de savoir quelle était la formule à demander, dans telle ou telle circonstance, que les jurisconsultes étaient principalement consultés.

TROISIEME PÉRIODE.

Depuis Cicéron jusqu'à Alexandre Sévère.

(De l'an 100 av. J.-C. jusqu'à l'an 250 après J.-C.)

Rome, au milieu de ses triomphes, portait dans son sein des germes d'anarchie. Les classes moyennes, dont le libre développement avait donné l'essor à sa puissance, disparaissaient pour ne plus laisser place, dans la société, qu'à des richesses démesurées ou à une pauvreté corrompue. A mesure qu'on avait soumis les divers peuples de l'Italie, on avait assigné, vendu ou affermé aux colons ou laisaé aux anciens habitants, devenus alliés, la partie cultivée du sol. Quant au surplus des terres formant d'immenses étendues à défricher, des bois, des pâturages, on en avait concédé la possession, on les avait inféodées, moyennant des redevances annuelles (le dixième des grains, le cinquième des fruits), à ceux qui voulaient les cultiver. Or les riches, en possession de l'administration par le sénat, où l'on n'était plus admis qu'autant qu'on figurait sur le sens pour une somme déterminée, les riches avaient obtenu une partie considérable des terres inféodées. Ce n'est pas tout : soit par achat, soit par suite de violences ou de poursuites judiciaires, ils s'étaient approprié les héritages de leurs pauvres voisins. Détenteurs de vastes domaines, ils avaient partout remplacé la culture des hommes libres par celle des esclaves, beaucoup moins onéreuse parce qu'elle n'avait pas la charge du service militaire. Il était arrivé de là que les riches étaient devenus démesurément riches, et que les esclaves avaient rapidement multiplié en Italie, tandis que la population libre s'appauvrissait et s'anéantissait de plus en plus, usée par la guerre, l'impôt et la misère. Tibérius Gracchus essaya d'attaquer le mal dans sa racine, en faisant passer une loi agraire par laquelle, tout en indemnisant ceux qui avaient fait exécuter les travaux, il était, conformément aux lois Liciliennes, défendu aux détenteurs des terres domaniales de posséder plus de cinq cents arpents *(jugera)*. Le surplus devait être distribué entre les citoyens pauvres, à la charge des redevances ordinaires. L'exécution de cette mesure, d'une haute politique, devait avoir pour résultat, dans la pensée de son auteur, de réorganiser la classe moyenne en Italie et de rétablir sur des bases plus sûres et plus larges les ressources du service militaire et

les revenus de l'Etat. Mais on sait que cette exécution, après avoir soulevé mille difficultés de détail, fut arrêtée par les séditions dans lesquelles Tibérius et son frère Caïus perdirent la vie.

Ne pouvant vivre honorablement en face de la grande propriété et de l'esclavage qui grandissait toujours, démoralisée par la misère et la licence, la populace (nous n'osons plus dire la plèbe) se mit à la solde des ambitieux, votant pour ceux qui la nourrissaient, s'enrôlant sous les drapeaux de ceux qui lui promettaient les biens de leurs adversaires proscrits et ces distributions de terres qui jetèrent le désordre dans toute l'Italie.

Après ces luttes sanglantes, où dominèrent tour à tour Marius et Sylla, Pompée et César, Antoine et Octave, Rome acquit enfin la paix intérieure, mais au prix de sa liberté. Le despotisme, en promettant du pain et des jeux *(panem et circences)* à la plèbe, du repos aux riches, fut accueilli comme le seul régime possible dans un tel état social.

Influence du gouvernement impérial sur le droit public.—Ce ne fut pas brusquement et d'un seul coup que le gouvernement impérial détruisit les anciennes institutions, et se constitua en véritable autocratie. Les formes républicaines furent d'abord respectées. Sous les premiers empereurs, et jusqu'à Adrien, le gouvernement fut une sorte de monarchie républicaine, dans laquelle l'empereur n'était que le premier magistrat de la république *(princeps reipublicæ)*. Quoique, dans la pratique, le pouvoir du prince connût peu de limites, en théorie, du moins, la souveraineté appartenait encore au peuple romain : sous Tibère et même sous Claude, le peuple s'assembla encore quelquefois par tribus pour sanctionner les lois. Nous mentionnerons tout à l'heure plusieurs *plébiscites* fort importants pour le droit civil, qui furent rendus au commencement de l'empire. Mais déjà se fait remarquer la tendance des empereurs à augmenter, aux dépens des assemblées populaires, l'action législative du sénat : nous trouvons dans cette période, et particulièrement à partir de Tibère, un grand nombre de *sénatus-consultes* sur diverses parties du droit privé. Au reste, le sénat, singulièrement déchu de son ancienne illustration, n'est pour les empereurs qu'un instrument servile, dont la prépondérance relative et toute de forme leur sert de transition pour arriver, vers la fin de cette période, à exercer exclusivement par eux-mêmes l'omnipotence législative.—Nous avons, en effet, à signaler dans la période actuelle une nouvelle source du droit dont

la fécondité augmente à mesure que le pouvoir impérial dégénère en absolutisme. Nous voulons parler des *constitutions* impériales, c'est ainsi qu'on appelle les ordonnances ou volontés exprimées du prince.

L'empereur réunit en sa personne les prérogatives de toutes les anciennes magistratures (1) ; néanmoins il existe encore, mais à un degré nécessairement inférieur, des consuls, des tribuns, des préteurs, des édiles. Ces magistrats, pendant tout le règne d'Auguste, continuèrent à être nommés dans les assemblées annuelles du peuple. C'était un hommage plus apparent que réel à la souveraineté populaire, car le peuple ne pouvait élire que les candidats présentés par l'empereur. Aussi, sous Tibère, le droit de faire les élections fut transporté, sans opposition, des comices au sénat. Le nombre des citoyens s'était considérablement accru depuis que, par la loi Julia, les droits de cité avaient été accordés à toute la population libre de l'Italie, et quoique Auguste, en permettant aux habitants des municipes d'envoyer leurs suffrages écrits aux élections de Rome, eût restreint ce droit aux membres des curies, la tenue des assemblées électorales présentait plus de difficulté que d'utilité réelle. Tibère supprima donc, de fait, ces assemblées en attribuant au sénat le droit de représenter l'ensemble des citoyens et de voter pour eux : *comitia e campo ad patres transtulit*, dit Tacite.—A partir de cette époque, les convocations du peuple devenues véritablement inutiles, puisque le sénat est désormais en possession de faire les lois et les élections, sont presque sans exemple (2) ; on considère le sénat comme représentant le peuple et pouvant être consulté à sa place: *Æquum visum est senatum vice populi consuli.* (Institutes, I, titre II, § 5.)

A côté des anciennes magistratures s'élèvent, d'ailleurs, des charges nouvelles, de création impériale, et qui acquièrent promptement une prépondérance marquée. De ce nombre se trouve le préfet de la ville *(prafectus urbis)* et les préfets du prétoire *(prafecti pratorio)* (3).

(1) Auguste, proclamé *imperator*, s'était fait concéder successivement et à perpétuité, par le peuple, la puissance tribunitienne et proconsulaire (R. 731), la puissance consulaire (735) et la dignité de souverain pontife (741).

(2) C'est sous Claude que fut rendu le dernier plébiscite mentionné dans Gaius et dans Ulpien, la loi *Claudia*, sur la tutelle des femmes.

(3) Sous la république, on avait quelquefois nommé un *préfet de la ville*, chargé de remplacer momentanément les consuls, lorsque ceux-ci s'éloignaient à la tête des armées. Auguste rendit cette magistrature permanente. Le préfet de la ville, dont l'autorité s'accrut avec

Un des résultats remarquables que ces changements politiques et ces tendances à la centralisation produisirent dans l'administration de la justice, fut l'établissement d'une hiérarchie judiciaire et d'un second degré de juridiction. L'empereur fut, on le comprend bien, le juge suprême. Il centralisa dans ses mains le pouvoir judiciaire, comme il centralisait le pouvoir législatif. Ces innovations nécessitèrent la création d'un conseil impérial, composé de hauts fonctionnaires et de jurisconsultes (*auditorium principis*), chargé d'examiner les affaires dont l'empereur était saisi, soit par appel, soit, dans quelque cas, par évocation, et de préparer les décisions (*decreta*), qui étaient rendues au nom du prince, à peu près comme le sont aujourd'hui chez nous les ordonnances du conseil d'Etat en matière contentieuse administrative.

Mais les conséquences les plus remarquables de l'établissement du gouvernement impérial furent : 1o d'ouvrir une large voie aux progrès de la civilisation dans les provinces ; 2o de favoriser l'immense développement que le droit privé reçut dans cette période, qui fut véritablement l'âge d'or de la jurisprudence.

Les provinces avaient été, sous Auguste, partagées entre le peuple et l'empereur. Celles dont le domaine éminent appartenait plus spécialement au peuple (*provinciæ populi*) étaient gouvernées, comme autrefois, par les consuls et les préteurs sortant de charge ; leur impôt, versé dans le trésor public (*ærarium*) se nommait *stipendium*. Les autres étaient la propriété de César (*provinciæ Cæsaris*) ; leur impôt, nommé proprement *tributum* (1), se versait dans le trésor particulier du prince (*fiscus*) ; elles étaient administrées par des officiers envoyés par le prince (*legati Cæsaris*). Les différences, légères d'ailleurs, qui avaient pu exister entre les pouvoirs des gouverneurs des provinces *stipendiaires* et ceux des gouverneurs des provinces *tributaires*, durent s'effacer à mesure que le pouvoir central se fortifia dans les mains des empereurs. On donnait à tous ces gouverneurs la dénomination générale de président de la province (*præses provinciæ*).

le pouvoir impérial, finit par être investi de presque toute la juridiction criminelle, à Rome et dans un rayon de cent milles autour de la ville. Il eut aussi le pouvoir de connaître, par appel, des actes du préteur.

(1) In eadem causa sunt provincialia prædia, quorum alia stipendiaria, alia tributaria vocamus. Stipendiaria sunt ea, quæ in iis provinciis sunt quæ propriæ populi Romani esse intelliguntur. Tributaria sunt ea, quæ in his provinciis sunt quæ propriæ Cæsaris esse creduntur. (Gaius, c. II, § 21).

Plus stables dans leurs fonctions, contrôlés jusqu'à un certain point par l'autorité impériale, leur administration perdit quelque chose de cette avidité violente, de cette cupidité oppressive qui avait caractérisé l'administration des Verrès et autres proconsuls de la république. Les provinces, la Gaule notamment, s'élevèrent dans les Ier, IIe et IIIe siècles, à cette brillante prospérité dont les imposants vestiges étonnent les modernes. Mais, comme le dit M. Guizot, à propos précisément des améliorations dont les provinces furent redevables au gouvernement impérial, les bienfaits du despotisme sont courts, et l'empire nous apparaîtra, dès le IVe siècle, dans un état général de décadence et d'épuisement.

Le domaine éminent qui, dans les provinces, appartenait, comme on vient de le dire, au peuple romain ou au prince, faisait qu'à moins que le sol ne fût celui d'une cité jouissant, par privilège, du *jus italicum*, le détenteur n'en avait, comme le tenancier de l'ancien *ager publicus* en Italie, que la simple possession : *In eo solo*, dit Gaius, 2, 7, *dominium populi romani est vel Cæsaris ; nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur*. Le détenteur des fonds provinciaux ne pouvait, par conséquent, en disposer d'après les règles du droit civil (*jure Quiritium*), quand même il eût été citoyen romain, car ces règles ne s'appliquaient qu'à la transmission du domaine proprement dit. Mais le droit prétorien avait pourvu, comme nous l'avons indiqué précédemment, p. 40, à cette situation, en établissant, pour la possession, des règles de transmission qui en faisaient une sorte de propriété *naturelle*, *utile*, placée, dans les provinces, sous la protection juridique du président, lequel y remplissait les fonctions de préteur. En sorte que, sur ce point, la différence des deux propriétés, romaine et provinciale, finit par être plus en la forme qu'au fond des choses. Mais une différence plus importante et qui marqua longtemps l'infériorité politique des provinces, ce fut l'impôt foncier. *In provinciis*, dit Aggenus Urbicus, *omnes etiam privati agri tributa atque vectigalia persolvunt*. L'impôt foncier était la conséquence du principe qui réservait le domaine à l'Etat ; le *vectigal* était la redevance, en quelque sorte le loyer, que les provinciaux payaient à Rome.

Il ne faut pas croire que, dans chaque province, le droit local eût été anéanti par le seul fait de la conquête ; il subsistait, au contraire, et le droit romain ne régissait, en général, que les Romains habitant la province. Mais sous l'influence d'une civilisation nouvelle plus avancée, qui généralisait les

rapports et relâchait les liens du régime aristocratique auquel la plupart des peuples étrangers étaient soumis avant la conquête, les coutumes locales disparaissaient insensiblement, le caractère national des diverses provinces s'effaçait chaque jour davantage. La transformation fut quelquefois si complète, dans les Gaules, par exemple, que les habitants adoptèrent la langue et les usages des Romains. Comment l'ancien droit gaulois se serait-il maintenu ? Le droit romain, vers la fin de cette période, s'étendit donc dans tout l'Empire. Un grand nombre de provinciaux individuellement, des districts tout entiers, avaient obtenus le droit de cité romaine (1), lorsqu'en 212, Caracalla accorda le titre de citoyen à tous les habitants de l'Empire (2), titre, au reste, qui n'était presque plus qu'honorifique, car il avait perdu ses anciennes prérogatives dans l'ordre politique, par la suppression des assemblées législatives et électives ; dans l'ordre civil, par la prépondérance qu'avait prise, dans la pratique, le droit prétorien, le *jus gentium*, sur l'ancien *jus civile*, le droit des Douze Tables.

Aussi la constitution de Caracalla passa-t-elle pour avoir été surtout inspirée par des vues fiscales ; elle eut pour objet principal d'étendre aux provinciaux l'impôt d'un vingtième sur les successions, et d'autres impôts indirects dont l Italie était frappée depuis Auguste.

Ce qu'il y a de certain, c'est que Caracalla ne releva pas les provinces de l'impôt foncier, dont l'exemption fut longtemps encore pour l'Italie un dernier vestige de sa grandeur passée. La condition des individus fut seule changée ; celle des terres resta la même. La distinction juridique entre le sol italique et le sol provincial ne fut complètement effacée que par Justinien.

Les provinces prirent généralement, avec les mœurs et le droit privé des Romains, l'organisation municipale qui régissait l'Italie. A la fin de cette période, les cités provinciales

(1) Sous la république, le titre de citoyen pouvait être donné à un étranger par une loi spéciale ou par un sénatus-consulte ; quelquefois les généraux recevaient le droit de faire des citoyens. Sous l'empire, le titre que les modernes appellent la naturalisation, était conféré par un décret de l'empereur.

(2) C'est-à-dire aux habitants d'origine libre, car les affranchis ne participèrent point à la plénitude des droits civils ; ils n'en eurent que la partie départie autrefois aux Latins, auxquels ils avaient été assimilés par la loi *Junia Norbana*, (772). — Ainsi, depuis Caracalla, il n'y eut plus de Latins que les affranchis et leurs enfants *(Latini Juniani)*, comme il n'y eut plus de *peregrini* parmi les sujets de l'Empire que les affranchis *dediticcs*. Voy. le tit. des *affranchis*, (Institutes, liv. I, titre V.)

sont administrées dans tout l'Empire, comme les anciennes colonies ou municipes, par un sénat ou corps municipal, *curia*, *ordo decurionum*. Avaient-elles, comme les cités d'Italie, des magistrats, *duumviri*, *quatuorviri*, chargés en première instance, et sauf l'appel au président, d'une partie de la juridiction civile ? Cela est incontestable pour les villes qui, comme Lyon, Vienne et Cologne, jouissaient du *jus italicum*. M. de Savigny pense qu'il en était autrement pour les autres, et qu'en général l'administration de la justice appartenait directement aux lieutenants de l'empereur, qui l'exerçaient tantôt par eux-mêmes, tantôt par leurs légats, et qui parcouraient la province dans ce double but.

Droit privé.—Grâce aux importantes et équitables modifications que le droit prétorien continuait à faire subir, dans la pratique, à la loi des Douze Tables, grâce aussi aux développements habiles que les travaux des jurisconsultes donnèrent dans cette période aux éléments du droit privé, une refonte générale de la législation ne fut nullement nécessaire et ne fut point entreprise. L'état des mœurs inspira seulement au gouvernement impérial quelques innovations remarquables sur diverses matières du droit privé.—Nous les indiquerons en passant en revue les sources du droit dans cette période.

Lois ou plébiscites.—Il n'y a plus de lois proprement dites, les comices par centuries n'existent plus, du moins depuis l'abdication de Sylla (1). Parmi les nombreux *plébiscites* qui furent rendus vers la fin de la République, il en est peu qui se rapportent au droit privé. Il faut en excepter néanmoins : 1o deux lois *Cornélia*, attribuées à Corn. Sylla, l'une relative aux testaments faits par un prisonnier de guerre,

(1) Sylla, voulant ramener violemment la république à son ancienne constitution, et relever le pouvoir consulaire en abaissant le tribunat, avait rétabli les comices par centuries (Appien, *Bel. civ.*, 1, 56), et peut-être faut-il considérer comme des lois votées dans ces comices les lois *Cornélia*, que nous mentionnons ici comme rendues sur la proposition de Sylla. Cependant ces lois sont généralement mises au nombre des *plébiscites*. Quoi qu'il en soit, il est certain que Pompée et les autres successeurs de Sylla relevèrent la puissance tribunitienne, et rendirent aux assemblées par tribus et aux *plébiscites* leur prépondérance. Sous les empereurs, il ne peut plus être question des comices par centuries, car les centuries se rapportaient à une organisation de l'armée qui n'existe plus. — Gaius (1, § 98 et suiv.) parle de *l'adrogation*, genre d'adoption qui se faisait, dit-il, *populi auctoritate*. Voyez aussi Ulpien, tit. XIX, § 2 et suiv. Mais ce n'était plus là qu'un simulacre, c'était une de ces occasions où le peuple était représenté par trente licteurs. Voy. ci-devant, p. 23. Du temps de Gaius et d'Ulpien, il n'y avait plus ni comices par centuries, ni même comices par tribus, encore moins de comices par curies.

l'autre dont il est question dans les Institutes, au tit. *Des injures ;* 2o une autre loi *Cornélia*, émanée d'un tribun que Cicéron défendit dans un discours dont il nous reste quelques fragments (*Pro Corn. maj. reo*) ; nous reparlerons de ce plébiscite à l'occasion de l'*édit prétorien ;* 3o la loi *Falcidia*, à laquelle un titre spécial est consacré dans les Institutes (liv. II, tit. XXII) ; 4o la loi *Julia* et *Titia*, qui étendit aux provinces le bienfait de la loi Atilia (*voy.* Inst., liv. I, tit. XX, et Gaius, c. 1, § 185).— Les plébiscites qui furent rendus sous les premiers Empereurs eurent presque tous, au contraire, le droit privé pour objet ; nous allons signaler les plus importants.—Les derniers temps de la République avaient offert, d'une part, un dépérissement considérable dans la population libre de l'Italie ; d'autre part, une étonnante corruption de mœurs. Le luxe et la dépravation des femmes, la soumission et la complaisance des esclaves et des affranchies, la facilité d'une vie licencieuse, éloignaient les citoyens du mariage, et les célibataires riches se voyaient environnés d'égards et d'obséquiosités, par l'espérance qu'on avait de participer à leurs libéralités testamentaires, Auguste essaya de remédier à ce mal. Il s'efforça d'encourager le mariage et la naissance des enfants, soit en accordant des privilèges à la paternité (*jus liberorum*), soit en frappant les célibataires (*cœlibes*) de l'incapacité de recevoir par testament, incapacité qui fut étendue, mais dans des limites moins rigoureuses, aux mariés sans enfants (*orbi*), soit en favorisant les secondes noces. Tel fut l'objet de la loi *Julia, de adulteriis* (an 17 av. J.-C.), dont un des chefs défendait au mari d'aliéner les immeubles dotaux (*de fundo dotali*) afin que la femme divorcée ou devenue veuve pût, au moyen de sa dot conservée, trouver à se marier de nouveau : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint.* (Dig., liv. XXIII, tit. III, § 2., *De jure dotium.*) Tel fut l'objet des célèbres lois *Julia, de maritandis ordinibus* (sur le mariage des divers ordres de citoyens), et *Pappia Poppæa* (an 9 dep. J.-C.) appelées souvent *leges caducariæ*, parce qu'elles établissaient des causes nouvelles et importantes de caducité pour les institutions d'héritiers et de legs.— Pendant les guerres civiles, les affranchissements s'étaient considérablement multipliés. On avait affranchi une foule d'esclaves, le plus souvent pour les incorporer dans les légions, d'autres fois, par pure ostentation, pour se créer un entourage de clients, ou pour se faire suivre, après sa mort, d'un long cortège funéraire coiffé du bonnet de la liberté. Les lois *Ælia*

Sentia, *Junia Norbana*, *Fusia Caninia*, furent portées pour modérer ces affranchissements, qui, introduisant dans la cité une population bâtarde, mélange confus des débris de cent nations vaincues, contribuaient activement à dissoudre et à corrompre les anciennes mœurs nationales. Nous ferons connaître les dispositions de ces lois en expliquant les Institutes de Justinien, car elles se sont maintenues jusqu'à cet Empereur.— C'est aussi sous Auguste que furent rendues la loi *Julia Velleia*, qui permettait d'instituer héritiers les enfants posthumes, ce qui n'avait pas lieu auparavant, et l'une des deux lois *Julia* que Gaius cite comme ayant confirmé et complété la loi *Ælutia*, qui supprimait les antiques *actions de la loi*.

Sénatus-consultes.—Nous avons dit que la politique des empereurs consistant à transporter la prépondérance législative des assemblées populaires au sénat, pour se l'attribuer ensuite exclusivement à eux-mêmes, les sénatus-consultes durent devenir, dans cette période, une source du droit bien plus importante que dans la période précédente. On leur donnait ordinairement le nom du consul qui les avait proposés (1). C'est ainsi que les livres de droit mentionnent, entre autres, un sénatus-consulte Silénien (*Silenianum*), rendu sous Auguste, le sénatus-consulte Velléien (*Velleianum*), rendu sous Claude, et dont les dispositions célèbres interdisaient aux femmes de s'engager pour autrui, le sénatus-consulte Trébellien (*Trebellianum*) sous Néron, le sénatus-consulte Pégasien sous Vespasien. Quelquefois c'était l'empereur lui-même qui présentait la proposition au sénat, ou verbalement, *ad orationem principis*, ou par message, *per epistolam*, et alors il donnait son nom au sénatus-consulte. On peut citer comme exemple le sénatus-consulte Claudien qui infligeait la perte de la liberté à la femme libre qui s'unissait à un esclave, *servili amore bacchata*, malgré la défense du maître de cet esclave (*Institutes*, liv. III, tit. XII, § 1), un autre sénatus-consulte *Claudianum* relatif aux honoraires des avocats (2), le sénatus-consulte Néronien, dont nous ferons mention au tit. *des Legs*. A partir du règne

(1) Un seul sénatus-consulte, le Sc. *Macédonien*, paraît avoir pris le nom d'un individu à l'occasion duquel il fut rendu *(Macedo)*.

(2) A l'époque où nous sommes parvenus, on n'a plus besoin de se mettre en état de clientèle, c'est-à-dire de vasselage, pour se faire défendre. Les avocats ont remplacé les patrons, et l'on se fait défendre pour son argent. Les rapports que supposait le patronage proprement dit n'existent plus qu'entre les affranchis et leurs anciens maîtres.

d'Adrien, on voit s'introduire une coutume qui prit sans doute naissance dans les absences fréquentes que ce prince était obligé de faire hors de Rome, celle d'ajouter à un sénatus-consulte qu'il a été fait en vertu de l'autorisation de l'empereur, AUCTORE D. HADRIANO, OU EX AUCTORITATE D. HADRIANI. Cette formule, qu'on rencontre fréquemment dans Gaius et dans Ulpien, peut aussi servir à indiquer l'état de dépendance où le sénat se trouvait vis-à-vis du prince.

Constitutions des empereurs.— Le nom générique de constitution embrasse tous les actes émanés du prince ; mais on les divise en trois classes distinctes : 1o les ordonnances générales promulguées spontanément par l'empereur (*edicta*) ; 2o les décisions rendues par lui dans les causes qu'il évoquait à son tribunal, ou qui lui étaient portées par appel (*decreta*) ; 3o les instructions ou réponses adressées par lui, soit à ses lieutenants dans les provinces, soit aux magistrats inférieurs des cités, soit aux préteurs ou proconsuls qui l'interrogeaient sur un point de droit douteux ou nouveau, soit enfin à des particuliers qui l'imploraient dans une circonstance quelconque (*rescripta*, *mandata*, *epistolæ*). De ces constitutions les unes étaient personnelles, c'est-à-dire ne s'appliquaient qu'aux cas ou aux personnes pour lesquelles elles étaient rendues ; les autres étaient générales, c'est-à-dire intéressaient tous les citoyens, soit qu'elles fussent conçues en forme de règlements généraux, soit qu'en statuant sur un cas particulier, elles fissent l'application d'un principe qui dût servir de règle dans les cas semblables.—A quelle époque et de quel droit les empereurs ont-ils commencé à émettre des constitutions ? Ces deux questions ont donné lieu à des controverses qui sont aujourd'hui bien près de s'éteindre. La collection des constitutions impériales faite par Justinien, le *Code*, n'en renferme aucune antérieure à Adrien. C'est la seule raison qui ait pu faire penser que c'était du règne d'Adrien que datait l'origine des constitutions. Mais l'on trouve, dans les *Pandectes* et dans les *Institutes*, l'indication d'un grand nombre de rescrits ou de décrets émanés des premiers empereurs, entre autres un rescrit important d'Auguste, qui, à côté de l'ancien droit sur les testaments, donna naissance à la législation plus douce des codicilles et des fidéicommis, et un autre rescrit du même empereur, qui modifia le droit de puissance paternelle, en autorisant les fils de famille à conserver en propre, sous le nom de *pécule castrans*, ce qu'ils auraient gagné au service militaire. Au titre de *la substitution vulgaire*, les *Institutes* rapportent aussi une déci-

sion de Tibère, dans une cause qui intéressait un de ses esclaves : *Idque Tiberius Caesar in persona Partheni servi sui constituit* (1). Il est donc certain que l'origine des constitutions remonte à l'institution du gouvernement impérial.— D'où l'on peut induire que le droit de rendre des constitutions dérivait des pouvoirs mêmes qui constituaient la puissance impériale. Justinien dit expressément, *Inst.*, liv. I, t. II, § 6, que le droit qu'a l'empereur de donner à sa volonté force obligatoire est incontestable, parce que le peuple, par la loi *Regia*, lui a donné ou communiqué toute sa puissance. En considérant la loi Régia comme une loi unique rendue pour déterminer les pouvoirs des empereurs, on s'est étonné de ce qu'aucun historien ne mentionnait une loi si importante, et l'on a été amené à en nier l'existence. Mais c'est aujourd'hui une opinion généralement accréditée, qu'il faut entendre par la loi que Justimen appelle *Regia* celle qui, à chaque avénement, constituait l'empereur dans ses pouvoirs. Il est certain, en effet, qu'on n'appliquait point à l'empire le principe de l'hérédité légitime, et que le prince recevait le pouvoir par une loi qui lui conférait l'*imperium*. Cette loi, dont un sénatus-consulte dut tenir lieu quand le sénat eut été investi du droit de faire des élections, au nom du peuple, est positivement désignée par Gaius comme la base du pouvoir législatif des empereurs : *Constitutio principis est quod imperator decreto, vel edicto, vel epistola constituit; nec unquam dubitatum est quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat*, Gaius, 1, § 5 (2).

Edits des préteurs.—Les préteurs et les édiles, à Rome, les présidents, dans les provinces, continuèrent, pendant cette période, à publier un édit. Comme plusieurs s'étaient permis de changer et de modifier l'édit publié à leur entrée en fonctions, le tribun Cornélius fit passer (R. 687) un plébiscite par lequel il fut défendu aux préteurs de s'écarter de leur édit, qui devait être *perpétuel*, en ce sens qu'il était immuable pour le magistrat qui l'avait rendu.—Les additions et changements faits successivement à l'édit par les préteurs en avaient formé un assemblage de règles incohérentes, lorsque

(1) Inst., l. II, t. XV, § IV.

(2) La loi ou le sénatus-consulte d'investiture paraît avoir été appelé *Lex Regia*, en souvenir de celle qui conférait l'*imperium* aux anciens rois. On a découvert au XIVe siècle, à Latran, une table de bronze sur laquelle est gravé le sénatus-consulte d'investiture de Vespasien. (Voyez M. Giraud, *Histoire du droit romain*, p. 225.)

Ofilius, un ami de César, s'occupa de le mettre en ordre. Son ouvrage fut d'une grande utilité à ses contemporains ; mais des augmentations et des changements nouveaux s'étant accumulées, on sentit le besoin de soumettre l'édit à une refonte générale. Ce travail fut exécuté, sous Adrien, par *Salvius Julianus*, jurisconsulte distingué, qui, en entrant dans la préture (131 depuis J.-C.), publia un édit célèbre, que ses successeurs conservèrent en substance. Cet édit, qui fut l'objet d'un sénatus-consulte dont la portée n'est pas bien connue, portait le titre d'*édit perpétuel*, comme les précédents, mais, suivant l'opinion vulgaire, dans un sens différent, c'est-à-dire en ce sens qu'il aurait été immuable, non-seulement pendant la préture de Julien, son auteur, mais encore pour l'avenir, Adrien ayant ordonné aux préteurs de suivre cet édit sans y rien changer. Mais, comme Adrien aurait par là apporté un grand changement dans la distribution des pouvoirs, le silence des textes sur ce point semble autoriser à dire, avec MM. Hugo et Ducaurroy, que l'édit de Julien était perpétuel dans le même sens que les précédents. Ce qu'il y a de certain, c'est que cet édit devint un des objets principaux des commentaires et de l'enseignement des jurisconsultes. Julien lui-même l'avait commenté, et l'un des ouvrages les plus importants d'Ulpien est un écrit qui a pour titre : *Libri LXXXIII ad edictum prætoris.* Il ne nous reste de l'édit lui-même que des fragments épars. Des savants, Haubold entre autres, ont cherché à les réunir en ordre et à recomposer ainsi l'édit perpétuel.

Réponses des prudents.—Avant Auguste, tous les jurisconsultes pouvaient répondre, au même titre, sur le droit ; leur autorité était pareille, en ce sens qu'elle n'était que celle d'un homme de loi : Auguste fut le premier qui donna à certains jurisconsultes le privilége particulier de répondre en son nom. Adrien précisa le degré d'autorité que devaient avoir ces réponses, en décidant que si les avis des jurisconsultes autorisés à répondre au nom de l'empereur étaient unanimes, cette unanimité aurait force de loi ; mais qu'en cas de partage, le juge suivrait l'opinion qui lui paraîtrait la plus juste. Depuis la constitution d'Adrien, les réponses des prudents purent, en cas d'unanimité, être comptées au nombre des sources du droit écrit. C'est ainsi qu'elles paraissent être envisagées par Gaius, 1, § 7 (1).

(1) Quorum omnium si in unum sententiæ concurrant, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet.

Culture de la science du droit.—Les institutions dont nous venons de parler annoncent assez la haute considération dont jouissaient alors les jurisconsultes. En effet, la période qui nous occupe fut, pour la jurisprudence, une époque de splendeur et d'immenses progrès. Les hommes les plus honorables s'y adonnèrent avec un zele qui s'explique, d'une part, par l'animation que les communications fréquentes avec la Grèce avaient répandue dans toutes les sciences, particulièrement dans les sciences morales : d'autre part, par l'affaiblissement graduel de la vie publique, qui faisait tourner les plus nobles forces vers l'étude du droit civil. Depuis que le *Forum* était fermé à l'éloquence et aux passions politiques, la jurisprudence était devenue, dans l'ordre civil, le premier moyen d'illustration, la science par excellence. Approfondie sur tous les points, établie sur les bases morales de la philosophie stoïcienne, elle acquit les dimensions de la plus vaste science, et s'éleva à une hauteur qu'elle n'atteignit jamais chez un autre peuple. On a coutume de nommer, pour cette raison, les jurisconsultes de cette époque, *jurisconsultes classiques :* c'est de leurs écrits que furent, dans la suite, tirées les *Pandectes* composées par l'ordre de Justinien.

Des deux écoles sabienne et proculéienne.—Il avait existé de tout temps, à Rome, des dissidences d'opinions entre les jurisconsultes, et le vaste champ ouvert à l'interprétation et à la doctrine par le laconisme de la loi des Douze Tables et des lois postérieures ne permettait guère de comprendre comment il aurait pu en être autrement. Mais c'est seulement sous le règne d'Auguste que ces dissidences devinrent assez systématiques pour constituer la division des jurisconsultes en deux sectes ou écoles distinctes. Les fondateurs des deux écoles furent Labéon *(Antistius Labeo)* et Capiton *(Atejus Capito)*, quoique ni l'un ni l'autre n'ait donné son nom à son école.—Les principaux disciples de Labéon furent Nerva le père, Proculus (qui donna son nom à la secte des *Proculéiens*), Nerva le fils, Pegasus, Juventus Celsus, Celsus le fils, Neratius Priscus.—Les principaux sectateurs de Capiton furent Massurius Sabinus (d'où vinrent les *Sabiniens)*, Cassius (d'où vinrent les *Cassiens)*, Cœlius Sabinus, Javolenus Priscus, Aburnus Valens et Salvius Julianus.

Parmi les conjectures qu'on a faites sur le caractère des différences qui existaient entre les deux écoles, la plus ingénieuse et la plus conforme à la fois aux données fournies par Pomponius, Tacite et Aulu-Gelle, est celle-ci : Labéon,

esprit indépendant et plein d'ardeur, ayant emprunté au stoïcisme sa rigoureuse dialectique et son inflexible sagacité à marcher d'un principe trouvé jusqu'à ses dernières conséquences, heurtait les opinions reçues toutes les fois qu'elles ne découlaient pas rigoureusement des prémisses par lui posées ; tandis que Capiton, érudit timide et modeste, renfermé plus étroitement dans la jurisprudence pratique et coutumière, s'attachait davantage à la tradition. L'un partait de la logique, l'autre de l'autorité ; le premier se distinguait par l'originalité et la fermeté de ses doctrines, le second par la prudence de ses décisions.

On a supposé que la distinction des deux écoles s'était effacée dès le temps d'Adrien, et l'on place communément sous le règne de ce prince l'établissement d'une nouvelle secte, neutre entre les deux premières, et dont les disciples, sous le nom de *Miscelliones* ou d'*Ercisecundi*, auraient adopté tantôt les doctrines sabiniennes, tantôt celles des Proculéiens. Mais rien, dans les livres de droit, ne confirme l'existence de cette troisième secte ; et l'on ne peut plus douter que la division des deux anciennes écoles n'ait survécu à Adrien, puisque Gaius, qui écrivait sous le règne de Marc-Aurèle, se déclare, dans ses *Institutes*, partisan de Sabinus et de Cassius *(nostri præceptores)*, qu'il oppose fréquemment à Labéon et Proculus *(diversæ scholæ auctores)*. Ce qui est vrai, c'est que les dissidences des deux écoles n'ont jamais eu un caractère tellement absolu que les disciples avoués de l'une n'aient pu adopter, sur quelques questions, les doctrines de l'école opposée. Dans plusieurs passages des *Pandectes*, on voit tantôt Proculus rejeter sur un point donné l'opinion de Nerva, son maître, tantôt Javolenus ou tel autre Sabinien abandonner, dans certaines circonstances, la doctrine de son école et donner la préférence à celle de Proculus. On comprend, au reste, que ces tendances à l'éclectisme durent s'accroître avec le temps : et si les jurisconsultes de la fin de cette période rapportent encore les controverses des deux écoles, c'est le plus souvent pour annoncer de quel côté l'opinion générale s'est portée, et sans se déclarer sectateurs de l'une ou de l'autre.

Des trente-six jurisconsultes de cette période dont nous possédons des fragments dans les *Pandectes*, les plus illustres sont : 1o Gaius ou Caius, qui écrivait, comme nous l'avons dit, sous Antonin le Pieux et sous Marc-Aurèle, mais dont la vie est beaucoup moins connue que les ouvrages ; 2o Papinien (*Æmilius Papinianus*), qu'on a souvent appelé le *prince*

des jurisconsultes. Il fut l'ami et le ministre de Septime Sévère, et préfet du prétoire sous Caracalla. Cet empereur ayant fait périr Géta, son frère, pressa Papinien de justifier ce meurtre auprès du sénat ; mais il en reçut cette réponse célèbre : *Aliud parricidium est accusare innocentem*, réponse qui valut la mort au grand jurisconsulte ;—3o Paul (*Julius Paulus*), qui, contemporain de Papinien, lui survécut et devint préfet du prétoire ;—4o Ulpien (*Domitius Ulpianus*), qui fut préfet du prétoire sous Alexandre Sévère et mourut assassiné par les gardes prétoriennes, qu'il avait irritées par ses réformes ;—5e Modestin (*Herennius Modestinus*), disciple d'Ulpien.

Des écrits précieux de ces maîtres de la science, il nous reste, indépendamment des extraits insérés dans les *Pandectes* et dans quelques autres collections dont nous aurons bientôt occasion de parler :—1o les *Institutes de Gaius*, que Niebuhr a découvertes en 1816, dans un palimpseste de la bibliothèque du chapitre de Vérone ; ouvrage élémentaire qui présente le tableau le plus complet que nous ayons du droit romain à la fin du IIe siècle et qui a servi de calque aux *Institutes* de Justinien ; 2o le *Liber regularum* d'Ulpien, que les modernes appellent *Fragmenta Ulpiani*, parce qu'il n'est pas tout à fait complet ; 3o les *Sententiæ receptæ* de Paul. —Nous avons aussi quelques fragments d'écrits du même temps, dont les auteurs ne sont pas bien connus ; l'un, intitulé *Veteris acti frag. de manumissionibus*, nous a été conservé par le grammairien Dosithée : il se trouve, ainsi que les trois ouvrages précédents, dans l'*Ecloga juris civilis.* Un second fragment, appelé *Fragmentum veteris acti de jure fisci*, et qu'on attribue à Paul, a été trouvé à Vérone avec Gaius. D'autres fragments, découverts par M. Maï dans la bibliothèque du Vatican, ont été publiés à Paris en 1823, sous le titre de *Vaticana juris rom. fragmenta* (1).

QUATRIÈME PÉRIODE.

1. *Depuis Alexandre Sévère jusqu'à Justinien.*

(De l'an 250 à l'an 550 après J.-C.)

Au vif éclat dont la jurisprudence avait brillé sous le règne

(1) Ces textes ont été réunis en un volume publié par M. Pellat, doyen de la faculté de Paris, et intitulé : *Manuale juris synopticum.* Cet ouvrage est un des compléments indispensables du manuel.

d'Alexandre Sévere, succède tout à coup, et pour ainsi dire sans transition appréciable, une profonde obscurité. Papinien, Paul, Ulpien, Modestin, semblent avoir emporté dans la tombe le secret de cette merveilleuse dialectique qui, suivant l'expression de Leibnitz, *le cède à peine à la précision des géomètres.*—La première cause de cette brusque décadence fut, sans doute, l'effroyable anarchie militaire qui, après la mort d'Alexandre Sévère, déchira, pendant cinquante ans, l'empire romain, anarchie dont les peuples du Nord, les *Barbares*, profitèrent pour inquiéter les provinces et ravager les frontières. Les prétoriens à Rome, les légions dans les provinces, élèvent et déposent violemment seize empereurs dans le cours d'un demi-siècle. Dioclétien, et après lui Constantin, essayent d'arrêter cette désorganisation et de rendre la vie à ce grand corps de l'empire qui tombe en dissolution. Leurs efforts et leur génie parviennent seulement à retarder une chute désormais inévitable.

C'est qu'il existe dans le sein de la société romaine deux causes incessantes d'épuisement et de ruine, que nous avons déjà signalées en Italie et qui ont passé dans les provinces, où la fiscalité leur a donné un incurable accroissement : nous voulons parler de la concentration de la propriété et de l'extinction progressive des classes moyennes. Pour satisfaire les besoins d'un luxe asiatique et pour acheter la fidélité toujours douteuse des armées, les empereurs ont été obligés de multiplier les impôts. La contribution foncière, devenue excessive, a entraîné l'abandon des moins bonnes terres. Et comme l'avidité du fisc ne pouvait pas reculer, on a pris le parti de reverser sur les champs fertiles la taxe des champs incultes. La surtaxe générale, augmentée par ce malheureux système, contraint un bon nombre de citoyens à abandonner même des terres productives. Or, c'est sur les petits propriétaires que retombe de tout son poids une si déplorable situation. En effet, ce sont les décurions qui, dans tous les municipes, sont responsables de l'impôt, et les sénateurs, les magistrats municipaux, les officiers du palais par leur dignité, les militaires par leur privilège, le clergé par l'honneur du sacerdoce, les cohortales et la plèbe par leur misère, échappent aux charges municipales. Il ne reste donc, pour supporter l'énorme responsabilité attachée aux fonctions curiales, que la classe moyenne. Aussi la voit-on disparaître rapidement, *tributorum vinculis quasi prædonum manibus strangulata*, dit Salvien, *De gub. Dei*, lib. IV.—En vain offre-t-on les terres désertes à qui veut les prendre : les lois

qui font entrer dans la curie le moindre plébéien dès qu'il possède vingt-cinq *jugera*, font refuser ces vastes domaines dont le fisc seul eût pris tout le revenu.—En vain accorde-t-on divers priviléges du droit civil aux curiaux pour les retenir dans la curie.—En vain fait on des lois pour porter au mariage les citoyens qui s'abstiennent d'unions légitimes afin de ne pas perpétuer leur race malheureuse (v. liv. I, tit. x, *in fine*) ; des lois pour défendre aux pères d'exposer ou de vendre des enfants qu'ils ne peuvent plus nourrir ; des lois pour défendre aux décurions de s'expatrier chez les Barbares ou de se faire colons des riches. Ces lois sont trop faibles contre la misère et la dégradation des sentiments naturels qu'elle entraîne. Le servage n'en continue pas moins à s'étendre, et la dépopulation devient générale.

C'est à cette époque et à cet état social que se rapportent, d'une part, deux institutions remarquables dans l'histoire juridique, le *Colonat* et l'*Emphytéose;* d'autre part, un fait que l'histoire politique doit noter, car il eut une grave influence sur le destin de l'empire : nous faisons allusion aux concessions de terres faites à des Barbares que les empereurs prirent à leur service pour augmenter leurs armées et défendre les frontières.

Le colonat.—A peine connu des jurisconsultes classiques, qui ne parlent, en général, que d'hommes libres et d'esclaves, le colonat est une condition intermédiaire, ou, si l'on veut, une transformation de l'esclavage imaginée pour intéresser le serf à la culture et dispenser le maître de la terre de la surveillance, souvent onéreuse, qu'imposait l'exploitation par les esclaves proprement dits. Le colon, esclave par le lien qui l'attache au sol, lui et sa race, a, sous certains rapports, les droits, et quelquefois même le titre d'homme libre ; il a, en effet, le *jus connubii*, et par conséquent les droits de famille : il possède en propre ce qui reste des fruits après le payement des redevances, et a la propriété de son pécule, quoiqu'il ne puisse l'aliéner sans le consentement du patron. *Licet conditione videantur ingenui, servi tamen terræ ipsius cui nati sunt, existimentur* ; c'est ainsi que parle des colons une loi de Théodose, L, 1, c. *de col. Thrac.* L. XI, t. LI. Les colons sont appelés tantôt *rustici*, *coloni*, *inquilini*, à cause de leur relation avec le sol ;—tantôt *originarii*, *originales*, parce que la naissance les lie à la terre ;—tantôt *tributarii*, *adscriptivi*, *censiti*, à cause de l'impôt personnel qui les frappe.

L'emphytéose.—La cause principale de l'abandon des

terres se trouvant dans l'énormité des charges qu'entraînaient les tenures ordinaires, on imagina une espèce de location perpétuelle, qui ne soumettait le preneur qu'au payement d'une redevance convenue, sans l'assujettir à la contribution imposée de droit commun aux tenanciers qui avaient le sol en pleine propriété, ou du moins *in bonis*. Telle fut l'origine de l'*emphytéose*, qui, dans les derniers temps de l'Empire, joua le rôle de la *censive* au moyen âge. Le fisc et les riches s'en servirent pour rendre à la culture les terres désertes.

Concessions de terres aux Barbares.—Menacés jusque dans l'Italie, les empereurs, pour se délivrer des Barbares, les prenaient à leur solde, et cette solde c'étaient des terres, souvent même des provinces entières. Au IIIe siècle, on trouve déjà une foule de Barbares répandus dans l'Empire, sous le nom de *læti*, *ripuarii*, *auxiliares*, possesseurs de châteaux qui doivent servir à défendre les frontières. Les concessions qui les ont ainsi installés portent quelquefois le nom de *bénéfices ;* elles ont cela de particulier, qu'en exemptant de l'impôt, elles n'obligent qu'au service militaire. On a vu en elles l'idée génératrice du *fief*. En introduisant les Barbares dans les provinces, ces concessions leur livrèrent peu à peu la force de l'Etat ; leur puissance devint telle qu'un jour il leur suffit de le vouloir pour démembrer l'empire et s'emparer de la souveraineté. Aussi, peut-on dire, avec M. Laboulaye, p. 246, qu'à part la grande invasion d'Attila, qui décida la ruine de l'Occident, la conquête se fit en quelque sorte par le dedans. Des auxiliaires tels que les Goths et les Hérules, des soldats de frontières tels qu'étaient sans doute les Ripuaires, tous établis depuis longtemps sur le sol romain et en possession de la force militaire, se partageaient l'empire expiré. Et ceci explique comment la condition des habitants ne fut pas sensiblement modifiée ; si les grands propriétaires furent dépouillés d'une partie de leurs immenses domaines, les autres classes restèrent indifférentes ; elles avaient seulement changé de maîtres : et, au point d'avidité où était arrivée l'administration romaine, les Goths, comme maîtres, valaient mieux que les Romains.

Organisation administrative et judiciaire depuis Dioclétien ; partage de l'Empire. — Dioclétien, pour rendre quelque énergie au gouvernement impérial et pour faciliter la défense de toutes les provinces, s'associa Maximien. Cette institution des deux *Augustes* n'avait point pour but de créer deux empires, mais seulement deux départe-

ments du même Empire. Elle conduisit cependant, plus tard, à la division réelle du territoire romain en deux gouvernements ; division qui subsista jusqu'en 476, époque à laquelle l'Empire d'Occident, ébranlé et démembré par les peuples de la Germanie, cessa d'exister par la déposition de Romulus Augustulus, laquelle fut opérée par Odoacre, chef des Hérules au service de l'empereur. L'ancienne domination romaine, qui s'étendait autrefois sur tout le monde connu, se borna, depuis cette époque, au seul Empire d'Orient, qui se soutint languissamment jusqu'à la prise de Constantinople par les Turcs, en 1453.

Ce fut aussi dans le but de fortifier le pouvoir central que Dioclétien entreprit et que Constantin acheva la réorganisation administrative des provinces. L'Empire fut divisé en quatre grandes préfectures, deux pour l'Orient, deux pour l'Occident. Chaque préfecture fut divisée en plusieurs diocèses, et chaque diocèse en un certain nombre de provinces. La Gaule comprenait dix-sept provinces.— Chaque préfecture était sous l'autorité d'un *préfet du prétoire ;* chaque diocèse était administré par un vice-préfet (*vicarius*), et chaque province par un président ou gouverneur (*rector præses*).

Une institution de cette époque qui mérite d'être remarquée, c'est celle des *défenseurs des cités.* Ce fut seulement sous Valentien (en 365) que les fonctions de défenseur de la cité furent généralisées et transformées en une charge permanente. Élu non seulement par la curie, mais par tout le peuple, le *defensor civitatis, loci, plebis,* était spécialement chargé de défendre la cité contre l'oppression du gouvernement impérial. Il avait, en outre, du moins dans les villes qui, ne jouissant pas du *jus italicum*, n'étaient pas régies par des magistrats particuliers (*duumviri, quatuorviri*), une juridiction civile restreinte dans l'origine à 30 *solidi*, et élevée à 300 par Justinien. L'appel de ses jugements était porté devant le président. Il pouvait nommer les tuteurs et enregistrer certains actes de juridiction volontaire que les constitutions impériales soumirent à cette formalité, comme les donations et les testaments. En matière criminelle, il jugeait certaines causes que nous appellerions de police correctionnelle.

Une innovation non moins remarquable fut celle qui s'opéra dans la procédure civile. Les anciennes théories sur cette matière reposaient, comme nous l'avons vu (p. 22), sur la division du procès entre le magistrat, *qui jus dicebat*, et le juge ou juré, *qui judicabat.* Le magistrat ne jugeait pas lui-

même, il délivrait une formule (*actio, judicium*) qui déterminait la question à résoudre par le juré. C'était là ce qu'on appelait *ordo judiciorum privatorum*. Sous les empereurs, quelques genres d'affaires avaient été exceptés de cette marche ordinaire et pouvaient être vidés par le magistrat seul (*extra ordinem*) sans l'intervention du *judex* ; tels étaient les procès en matière de fidéicommis. Dioclétien changea l'exception en règle générale ; il ordonna aux présidents des provinces de juger eux-mêmes tous les litiges ; il leur permit seulement de renvoyer les affaires de peu d'importance, si elles étaient trop nombreuses, aux juges pédanées (*pedanei judices*), qui étaient des magistrats proprement dits, quoique d'un ordre inférieur, et qu'il ne faut pas confondre, comme on l'a fait quelquefois, avec les anciens jurés (*judices* ou *arbitri*).

On peut s'étonner que deux préteurs, à Rome, et un président dans chaque province, aient suffi à l'expédition de tous les procès, alors qu'ils ne furent plus aidés par la coopération du *judex*. L'exception introduite par Dioclétien, dans le cas où les affaires seraient trop nombreuses, ne lève pas la difficulté ; car ce n'est qu'une exception, et elle suppose qu'ordinairement le président pouvait se passer de juges délégués.—La solution du problème, dit M. de Savigny, se trouve dans la création, auprès de chaque magistrat, d'un conseil d'assesseurs (*officium assessorum*) qui préparait la décision des affaires. Nous avons vu que, quand l'administration tout entière se concentra dans les mains des empereurs, ils furent obligés d'instituer un conseil pour expédier les procès qui leur étaient déférés par appel, et pour résoudre les difficultés qui leur étaient soumises par les gouverneurs. L'institution passa de la cour aux provinces ; les affaires furent dès lors traitées dans l'officium du gouverneur, comme dans nos cours de justice ; mais avec cette différence que le président seul décidait. La nomination d'un *judex* devint par là inutile, et son usage ne s'accordant plus avec le nouvel état de choses, dut disparaître.

Il convient d'observer, d'ailleurs, que la juridiction, quoique restreinte et en premier ressort, des magistrats municipaux ou des défenseurs des cités, allégeait, sans contredit le fardeau judiciaire des présidents des provinces.

Enfin, il faut ajouter qu'à partir de Constantin surtout, les évêques prirent une part importante à l'administration de la justice. Non seulement ils avaient juridiction sur toutes les affaires concernant le culte et les églises ; mais en

sanctionnant un usage pratiqué par les premiers chrétiens qui choisissaient leurs évêques pour juges naturels de leurs différends, Constantin permit aux parties de décliner, d'un commun accord, l'autorité des juges ordinaires et de porter à l'*audientia episcopalis* toute espèce de procès en matière civile.

Source du droit dans cette période.— Les sources du droit sont bien réduites dans cette période. On n'avait pas vu de plébiscites depuis le premier siècle de l'Empire ; le sénat n'existait plus que de nom ; les préteurs, depuis Adrien, n'avaient fait que reproduire l'édit de Salvinius Julianus ; l'institution des jurisconsultes chargés officiellement de *répondre sur le droit* est tombée en désuétude sous les successeurs d'Alexandre Sévère ; les *réponses des prudents* ont été remplacées par les *rescrits* impériaux ; le domaine de la législation et de la jurisprudence est en entier envahi par les empereurs.—Les changements que le droit romain subit, pendant cette période, provinrent donc d'une source unique, les *constitutions impériales*. Jusqu'à Constantin, les constitutions des empereurs n'étaient, pour la plupart, que des rescrits ou des décrets ; mais, sous son règne, les édits se multiplient et introduisent une foule d'innovations. On en comprend la raison. Les progrès du christianisme, d'une part ; de l'autre, l'influence qu'exerçaient la civilisation grecque et les habitudes orientales, depuis que le siège de l'empire avait été transporté de Rome à Constantinople, amenaient dans les mœurs de graves modifications auxquelles le droit civil dut se plier.

Voici quelles étaient, en résumé, les sources du droit au commencement du Ve siècle : *pour la théorie*, les anciens décrets du peuple (lois ou plébiscites), les sénatus-consultes, les édits des magistrats romains, les constitutions des empereurs et les coutumes non écrites. Les Douze Tables continuaient d'être la base du droit : tout venait s'y rattacher comme complément ou modification. Mais la difficulté de puiser directement à ces sources s'était accrue avec le temps et surtout avec la dégradation générale de la civilisation et la décadence des sciences ; en sorte que, *dans la pratique*, les écrits des jurisconsultes classiques et les constitutions impériales étaient les seules sources dont on fît usage. Ces sources elles-mêmes eurent besoin d'être simplifiées.

Constitution sur l'autorité des jurisconsultes.— En effet, plusieurs causes s'opposaient à ce que les juges fissent un emploi judicieux des écrits des jurisconsultes de

l'âge classique. D'abord, ces jurisconsultes étaient fort nombreux, et il était difficile, à cause de la cherté des manuscrits, de les posséder tous ou la plupart. Mais, en outre, l'ignorance du temps était telle, qu'il était impossible à la plupart des juges de peser les raisons sur lesquelles les jurisconsultes appuyaient leurs solutions. L'abnégation de tout examen personnel et raisonné devint de plus en plus générale, et se tourna en vraie manie de citations. Or, comme les anciens jurisconsultes étaient en divergence sur une foule de questions, il advint que la jurisprudence, mise en œuvre par des juges et des légistes ignorants, fut un chaos d'incertitudes et une source d'arbitraire.—Pour remédier à cet état de choses, Constantin signala, par des constitutions, dont deux ont été récemment découvertes par M. Clossius, dans la bibliothèque Ambroisienne à Milan, les écrits des anciens jurisconsultes qui devaient faire autorité en justice, et ceux auxquels on ne devait accorder aucune influence. C'est ainsi qu'il refusa crédit aux notes d'Ulpien et de Paul sur Papinien, tandis qu'il assura une grande autorité aux autres ouvrages des mêmes auteurs, notamment aux *Sententiæ receptæ* de Paul.—Environ un siècle plus tard, les mêmes maux appelèrent le même remède et donnèrent lieu à la célèbre constitution connue sous le nom de *loi des citations*. Cette constitution, qui fut publiée en 426 (1) dans l'empire d'Occident, et étendue plus tard à l'empire d'Orient par son insertion dans le *code Théodosien*, sanctionnait en masse les écrits de Papinien, de Paul, de Gaius, d'Ulpien et de Modestin, à l'exception des notes de Paul et d'Ulpien sur Papinien, déjà prohibées par Constantin : elle donnait aussi force de loi aux décisions des jurisconsultes plus anciens sur lesquels les cinq précédents avaient écrit des commentaires. Puis, constituant ces grands jurisconsultes en une sorte de tribunal, elle ordonnait que, dans les questions qu'ils auraient traitées, la pluralité des voix l'emportât ; que, s'il y avait partage, l'opinion de Papinien fût prépondérante, et qu'au cas où Papinien n'aurait pas émis d'avis, le juge vidât le partage d'après ses lumières et sa conscience. Dans le cas où le texte des anciens auteurs invoqués serait contesté, on devait le vérifier au moyen de la collation des meilleurs manuscrits. Rien ne peint mieux l'état de décadence où se trouvait alors

(1) La loi *des citations* est ordinairement attribuée à Valentinien III, sous le nom duquel elle a, en effet, été publiée. Mais comme en 426 Valentinien n'avait que huit ans, on doit la considérer comme étant l'œuvre véritable de Théodose II, alors tuteur de Valentinien et empereur d'Occident.

la science du droit, que ce rôle passif imposé au juge, dispensé d'approfondir les questions controversées, et astreint à compter machinalement les voix des auteurs privilégiés.

Les codes Grégorien et Hermogénien. Le code Théodosien.— Les constitutions impériales présentaient, dans la pratique, presque autant de difficultés que les écrits des jurisconsultes. Rendues isolément, sans relations entre elles, à des époques diverses, il était fort difficile, à cause de leur grand nombre, de les connaître et de les posséder toutes. La nécessité de les recueillir en ordre, d'en faire une espèce de codification, devint donc un besoin urgent. Des recueils partiels avaient déjà été composés, l'un entre autres par Papirius Justus, qui avait rassemblé les constitutions des *divi fratres*, Antonin et Vérus. Deux collections plus étendues furent faites vers le milieu du IVe siècle, l'une par Grégorius, qui fut préfet du prétoire sous Constantin, l'autre par Hermogène, seul jusrisconsulte de cette époque qui, avec Aurélius Arc. Charisius et Jul. Aquila, ait mérité d'être quelquefois cité dans les *Pandectes*. Le *code Grégorien* renfermait les constitutions des empereurs depuis Adrien jusqu'à Constantin, le *code Hermogénien* n'était guère que le supplément du premier, et contenait les constitutions de Dioclétien et de Maximien. Au reste, il ne nous est parvenu que des fragments de ces deux compilations, que leurs auteurs semblent avoir mises au jour sans aucun caractère législatif.—Le *code Théodosien* fut un travail beaucoup plus important que les deux précédents. Composé par une commission de huit jurisconsultes, au nombre desquels on remarque Antiochus, ancien préfet du prétoire, ce code fut publié dans l'empire d'Orient par *Théodose II*, en 438, et envoyé par ce prince à son gendre Valentinien III, qui s'empressa de le promulguer en Occident. Il comprend les constitutions des empereurs chrétiens, depuis Constantin jusqu'à Théodose II lui-même, c'est-à-dire les actes législatifs de seize empereurs, sous le règne desquels s'opéra la transition de la civilisation romaine à la civilisation chrétienne. Les constitutions y sont classées par ordre de matières, en seize livres, subdivisés en nombre inégal de titres. Nous ne possédons ce code que d'une manière encore incomplète. Les recherches et les travaux de restauration de Jean du Tillet (1528), de Cujas (1566), de Jacques Godefroy, célèbre par le savant commentaire qu'il a joint aux textes restitués, de Ritter, qui, en donnant une nouvelle édition de l'œuvre de Godefroy, l'a augmentée de corrections et d'additions (1736 à 1745), étaient parvenus à

nous donner intégralement les dix derniers livres. Les six premiers offraient de très grandes lacunes, qui ont été en partie remplies par les découvertes faites, de notre temps, par M. Clossius dans la bibliothèque Ambroisienne à Milan, et par l'abbé Peyron dans la bibliothèque de Turin. Ces découvertes, publiées isolément en 1824, ont été réimprimées collectivement en 1825, à Rome, par M. Puggé, à Leipzig, par M. Wench. Elles sont un complément indispensable du grand ouvrage de Godefroy et de Ritter.

Les constitutions que Théodose le Jeune et Valentinien III rendirent après la publication du code Théodosien, ainsi que celles de leurs successeurs, furent appelées *Novellæ*, *Novæ constitutiones*. On les a fait entrer dans les éditions de ce code sous le titre de *Novellæ constit. imperat. Justiniano anteriorum, Theodosii, Valentiniani, Marciani*, etc.

Les trois recueils que nous venons d'indiquer ont été réunis et publiés par M. Hænel, sous le titre de : *Codices Gregorianus, Hermogenianus, Theodosianus*, 1842-44, 2 vol in-4o.

Ecrits sur le droit de cette période.—Nous avons déjà signalé l'état de décadence et de stérilité où la jurisprudence est arrivée dans cette période. Il n'y a plus, chez les jurisconsultes, ni indépendance, ni originalité. Leurs travaux se bornent, en général, à des compilations et à des abrégés ; nous avons cité les plus importants. Nous possédons en outre trois écrits qui remontent à cette époque, mais dont les auteurs sont inconnus. Ces ouvrages sont : — *Notitia dignitatum Orientis et Occidentis*, espèce d'almanach impérial qui contient un catalogue précieux des diverses dignités et fonctions de l'empire au commencement du Ve siècle. Publié pour la première fois par Alciat en 1526, cet ouvrage se trouve, avec un ample commentaire de Panzirol, dans le *Thesaurum ant. rom.* de Grævius. Il a fait l'objet d'une publication récente par M. Bœcking. *Bonnæ*, 1839-53, 3 vol in-8. — 2o *Mosaïcarum et romanarum legum collatio*. C'est une compilation et un rapprochement de fragments des livres du droit romain et de l'Ecriture sainte, dans le but de démontrer que le droit romain émane du droit mosaïque. On présume que l'auteur était moine et non jurisconsulte. Son ouvrage a cela d'intéressant, qu'il contient des extraits de constitutions impériales et d'écrits de jurisconsultes classiques dont les originaux sont perdus. Sa conservation est due à M. Pithou, qui le publia en 1573, d'après un manuscrit trouvé à Lyon. M. Blume en a publié, en 1835, à Bonn, une édition plus complète, d'après

deux manuscrits récemment découverts. — 3e *Consultatio veteris jurisconsulti*, recueil de consultations devenu précieux par les citations qu'il renferme, et qui sont littéralement extraites des ouvrages d'anciens jurisconsultes accrédités et de constitutions impériales. La *Consultatio* fut publiée pour la première fois par Cujas, 1577.

Du droit romain en Occident après la conquête. — Lorsque les Goths, les Bourguignons, les Francs, les Lombards et d'autres tribus germaniques s'établirent sur le territoire fractionné de l'ancien empire d'Occident, et y fondèrent de nouveaux Etats, ils n'eurent pour système, ni d'exterminer les populations vaincues, ni de se les incorporer en leur imposant leurs propres lois, et en détruisant en entier l'ancienne organisation romaine. — La propriété territoriale fut partagée entre les vainqueurs et les vaincus. Ce partage, dont les conditions ne furent pas partout les mêmes (1), fut, avec le commandement général, le principal bénéfice de la conquête. Mais, confondues sur le même territoire, les deux nations conservèrent des lois et des coutumes distinctes qui engendrèrent ce qu'on nomme le *droit personnel* ou la *loi personnelle*, par opposition au droit territorial. Dans le même pays, dans la même ville, le Lombard vécut sous la loi lombarde, le Romain sous la loi romaine. Il n'y eut d'abord, dans chacun des Etats germaniques fondés sur le sol romain, que deux lois personnelles ainsi en présence ; mais lorsque l'un de ces Etats eut étendu sa domination sur un pays déjà conquis, le droit

(1) Voici quelles furent les conditions de ce partage dans les Gaules. Dans les pays conquis par les Bourguignons, c'est-à-dire dans les provinces de l'est, les Romains furent obligés d'abandonner aux Bourguignons la moitié des cours et jardins, les deux tiers des terres labourées et le tiers des esclaves. Les forêts restèrent en commun. Il paraît, d'après une chronique conservée par Bouquet (t. II, p. 13), que les Bourguignons ne prirent que les biens des nobles gaulois, c'est-à-dire des grands propriétaires. Il paraît aussi que le nombre des possessions romaines d'une certaine étendue dépassait le nombre des Bourguignons libres, de sorte qu'on eut des terres disponibles pour les Bourguignons qui se présentèrent après le premier partage. — Dans les provinces conquises par les Visigoths, c'est-à-dire dans les provinces méridionales, les Romains durent aussi céder les deux tiers de la propriété foncière. — Quant aux Francs, qui occupaient la partie occidentale, et qui n'étaient point, comme les Bourguignons et les Goths, des peuplades marchant sous la conduite d'un roi, mais simplement quelques bandes germaines unies par la conquête sous un nom de guerre, ils paraissent avoir respecté la propriété des anciens habitants, et avoir conservé le système d'impôts établi par les Romains. Il y avait sans doute, dans les Gaules, plus de terres incultes et domaniales qu'il ne fallait pour les satisfaire tous ; c'est du moins ce qu'on peut juger par ces domaines immenses attribués aux rois francs comme terre du fisc. Les terres furent partagées entre les Barbares par la voie du sort ; de là ces noms : *Sortes Burgundiorum*, *Gothorum* ; de là aussi le nom germanique d'ALLOD (*alleu*), dont la racine *loos*, *lot*, désigne ce que donne le sort.

de la tribu qui s'y était primitivement établi lui fut laissé, comme l'avait été celui des Romains. Ainsi, lorsque les Francs eurent soumis les Visigoths, les Bourguignons, les Allemands, les Saxons, le droit de ces diverses tribus fut reconnu dans l'empire franc dont elles faisaient partie, comme avait été reconnu le droit des Romains, c'est-à-dire à titre de loi personnelle. C'est ce qui explique le passage suivant d'une lettre d'Agobard à Louis le Débonnaire : " On voit souvent " converser ensemble cinq personnes dont aucune n'obéit " aux mêmes lois." *Bouquet*, t. V, p. 356.

Ce ne fut pas seulement le droit romain qui fut ainsi conservé après la conquête, à titre de droit personnel, mais une partie notable de l'organisation administrative et judiciaire. Les anciennes magistratures provinciales furent sans doute détruites ; les lieutenants impériaux furent remplacés par les comtes germains, dont le pouvoir civil et militaire s'étendait à la fois sur les Germains et les Romains : les campagnes furent divisées en cantons, ayant leurs assemblées ou *plaids*, où se débattaient les affaires d'intérêt privé, et subdivisés eux-mêmes en centaines, en dizaines et en manoirs particuliers, ayant leurs règles d'indépendance et de mutualité. Mais dans les villes, dont le séjour était fort peu, d'ailleurs, dans les goûts des Germains, l'ancienne organisation municipale se maintint ; les curies, les duumvirs ou défenseurs et leur juridiction furent respectés : c'est un point d'histoire que les travaux de M. de Savigny ont mis aujourd'hui hors de contestation. Peut-être la juridiction d'appel passa t-elle du lieutenant impérial au comte ; peut-être aussi, dans plusieurs Etats, cette institution, étrangère aux mœurs de l'ancienne Germanie, cessa-t-elle d'exister, même pour les Romains.

Ce système de droits personnels et nationaux fit bientôt sentir la nécessité de recueillir en un corps abrégé de droit, pour les Germains, les lois germaines (*leges barbarorum*), et une *lex romana*, comme on disait alors, pour les Romains qui habitaient les nouveaux Etats romano-germaniques. Nous n'avons point à nous occuper ici des recueils de lois germaniques, mais nous devons dire quelques mots de ceux qui eurent pour objet le droit romain.

Codes romains arrangés par les rois barbares.—Au moment de la chute de l'empire d'Occident, en 476, les sources du droit romain étaient : — 1o les écrits des jurisconsultes, d'après les règles établies par la *Loi des citations* publiée sous le nom de Valentinien III ; — 2o les rescrits composant les

codes Grégorien et Hermogénien ;— 3o le code de Théodose II : — 4o les novelles particulières, suite et complément de ce code.

Or, les sources, même ainsi réduites, étaient encore trop savantes pour le temps. D'ailleurs, les exigences de l'orgueil germanique et la position nouvelle des Romains vaincus devaient nécessairement entraîner quelques modifications, sinon dans le droit civil, au moins dans le droit public et pénal. Le besoin d'une refonte et d'un travail de simplification fut si généralement senti, que, dans l'espace de moins d'un demi-siècle, on vit trois essais de codification tentés par les rois barbares sur le droit romain, indépendamment des compilations importantes que Justinien fit rédiger à la même époque en Orient, et qui pénétrèrent bientôt en Italie et dans les Gaules, comme nous l'expliquerons tout à l'heure. Ces trois essais furent : 1o L'Édit de Théodoric, roi des Ostrogoths, publié à Rome en 500. Ce recueil offre cela de particulier que, quoique puisé presque exclusivement dans le droit romain, notamment dans le code Théodosien, dans les novelles post-théodosiennes, et dans les *sentences* de Paul, il fut, à la différence des codes des autres Etats germaniques, destiné à régir les Goths comme les romains. C'est une exception au système général des *lois personnelles*, exception unique qui tenait sans doute aux rapports nombreux et anciens que les Ostrogoths et leurs chefs avaient eus avec les empereurs romains, et qui leur avaient permis de se familiariser avec les idées et la civilisation romaines. L'édit de Théodoric, qui offre d'ailleurs peu d'intérêt parce que les textes romains qu'il renferme ont été défigurés, n'eût qu'une existence éphémère. Narsès ayant achevé de reconquérir l'Italie vers l'an 550, Justinien rendit le code et les Pandectes obligatoires en Italie comme dans le reste de l'Empire, ce qui abrogea, de fait, l'œuvre incomplète du roi barbare.—2o La loi romaine des Visigoths, vulgairement appelée *Breviarium Alaricianum*. Cet abrégé fut rédigé par ordre d'Alaric II, roi des Visigoths, par une commission de jurisconsultes sous la direction de Gojario, comte du Palais, et publié à Aire, en Gascogne, l'an 506. La publication s'en fit par l'envoi à tous les comtes d'un exemplaire revêtu de la signature d'Anien, référendaire d'Alaric, que, par une erreur aujourd'hui bien reconnue, quelques auteurs ont pris pour l'auteur même de la compilation, tandis qu'il n'en était que le copiste certificateur. Chaque exemplaire était accompagné d'une lettre d'envoi (*commonitorium*) qui retrace l'histoire de la composition du recueil et

nous apprend qu'il fut soumis à l'approbation d'un conseil d'évêques et de nobles. Le *Breviarium* contient des fragments, soit de constitutions impériales, soit d'écrits de divers jurisconsultes, avec une paraphrase (*interpretatio*) écrite en bas latin. C'est à ce recueil que nous devons la conservation des sentences de Paul et des cinq premiers livres du code Théodosien. Avant la découverte du Gaius de Vérone, il présentait, par rapport à cet auteur, un intérêt aujourd'hui bien diminué ;—3o La loi romaine des Bourguignons, vulgairement appelée *Papiani responsa*. Ce code fut promulgué de l'an 517 à 534, peu de temps après la loi de Gondebaud contenant le droit national des Bourguignons. Les sources où il a été puisé paraissent être non-seulement le *Breviarium Alaricianum*, mais encore les sources pures de l'ancien droit, puisqu'on trouve dans ce recueil quelques textes précieux dont nous n'avons aucune autre trace. Le nom de *Papiani responsa*, vient d'un erreur de Cujas, le premier éditeur de la loi bourguignonne. Dans le manuscrit que possédait Cujas, le code en question se trouvait immédiatement précédé d'un fragment de Papinien. Mais, par une contraction commune aux copistes, au lieu de *Papiniani*, le manuscrit portait *Papiani responsa;* et comme d'un autre côté il était impossible d'attribuer un livre aussi singulier à Papinien, Cujas pensa que ce recueil était l'ouvrage de quelque jurisconsulte du moyen âge, nommé *Papianus*. Au reste, notre grand jurisconsulte reconnut lui-même son erreur, et la rectifia dans une seconde édition.

Droit romain en Orient.—L'empire d'Orient, le seul qui existât alors, et qui conservait le nom d'*empire romain*, quoique depuis longtemps il eût dû porter celui d'empire grec, se trouvait, vers cette époque, dans un besoin analogue à celui qu'avait éprouvé l'Occident : je veux dire la nécessité de rendre plus facile l'étude et l'application du droit romain. L'empereur Justinien entreprit de satisfaire à ce besoin. C'est sous son règne que parurent ces nouveaux livres de droit qui ont conservé jusqu'à nous une si grande autorité, et qui valurent à ce prince une gloire plus honorable encore que les lauriers que cueillirent pour lui ses généraux, Bélisaire et Narsès, dans les plaines de l'Afrique et de l'Italie.

II.—*Recueil de droit de Justinien.*

Premier code—Justinien ne se proposa d'abord que de composer un nouveau code qui porterait son nom. Il ordonna,

en conséquence, qu'on choisît, parmi les nombreuses constitutions que renfermaient les codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien, ainsi que dans les constitutions promulguées depuis Théodose II jusqu'à lui, celles qui étaient encore en vigueur, et qu'on les réunît en un corps de loi, après les avoir dégagées des dispositions tombées en désuétude, et y avoir fait les corrections et amendements convenables. Il institua, à cet effet, avec des pouvoirs très étendus, une commission composée de dix jurisconsultes, parmi lesquels on remarque le célèbre Tribonien. Cette commission termina en quatorze mois l'ouvrage dont elle était chargée ; une telle rapidité dans l'exécution, preuve certaine du zèle des commissaires, ne l'est pas de la perfection de leur travail. Ce premier code, publié au mois d'avril 529, et appelé maintenant *ancien code*, ne nous est point parvenu.

Des Pandectes et des Cinquante décisions. — Justinien s'aperçut bientôt de l'insuffisance de ce premier code, et, suivant le projet qu'avait conçu avant lui Théodose II, il entreprit une réforme générale du droit. Pour arriver à ce but, il crut qu'il fallait commencer par restaurer la jurisprudence, et, s'emparant des monuments du bel âge de la science, il autorisa Tribonien, qu'il plaça à la tête de seize collaborateurs, non seulement à extraire des écrits des anciens prudents les passages qui lui conviendraient, mais encore à changer ou à modifier dans ces extraits les expressions originales, et même le texte des anciennes lois citées par les jurisconsultes, voulant qu'on reunît le tout dans une compilation méthodique. On devait éviter les répétitions, et surtout les contradictions. Ce travail n'était pas sans difficulté : quoique Tribonien ne fût pas chargé de compulser indistinctement tous les auteurs qui avaient écrit sur l'ancien droit, mais seulement ceux des jurisconsultes à qui le prince avait accordé l'autorisation de répondre en son nom, les écrits de ces jurisconsultes étaient si volumineux, et, depuis l'établissement des sectes sabinienne et proculéienne, il y avait une telle divergence dans les opinions, que les compilateurs durent se trouver embarrassés. Pour faciliter leur travail, Justinien fixa plusieurs points de droit controversés par des constitutions particulières connues sous le nom des *Cinquante décisions*, et promulguées en 530 sous le consulat de Lampadius et d'Oreste : ces décisions sont entrées, pour la plupart du moins, dans le nouveau code.

Justinien avait donné dix ans pour terminer cette vaste entreprise ; trois suffirent à la commission : le recueil, com-

mencé au mois de décembre 530, fut promulgué au mois de décembre 533, sous le double titre de *Digesta* ou *Pandectæ* (1). Cette précipitation dut nuire à l'exécution ; aussi Justinien lui-même avoue qu'il existe des répétitions, et quoiqu'il assure qu'on n'y doit trouver aucune contradiction, il est certain que la différence des temps et des systèmes dans lesquels avaient été écrits les ouvrages dont on a fait des extraits, a laissé dans la compilation des traces nombreuses. On peut encore reprocher aux Pandectes le défaut de méthode dans la distribution des matières. (Voyez M. Berriat, *Hist. du droit romain*, p. 268).

Cet ouvrage est divisé en cinquante livres, et en sept parties qui correspondent à celles de l'édit. Chaque livre contient plusieurs titres, qui renferment des extraits, souvent composés d'un *principium* et de plusieurs paragraphes. Ces extraits, en tête desquels sont inscrits le nom et l'ouvrage du jurisconsulte d'où ils sont tirés, sont appelés *lois* par Justinien et par le plus grand nombre des commentateurs, qui les désignent par *L* ; d'autres les nomment *fragmenta*, et au lieu de *L.* écrivent *Fr.* Le Digeste est désigné quelquefois par un *D.* d'autres fois par deux ff, signe dont l'origine a donné lieu à des débats aussi longs qu'inutiles.

Voici les diverses manières de citer les lois ou fragments. Pour indiquer la loi 5, § 6, du titre *de jure dotium*, qui est le titre III du livre XXIII, on écrit de nos jours : *L.* 5, § 6, *ff, de jure dot.*, ou bien : *Fr.* 5, § 6, *D. de jure dot.*, (23,3) ; ou même *Fr.* 5, § 6, *D.* 23,3 ; ou enfin : *D.* 23,3 *Fr.* 5, § 6. Anciennement on écrivait ainsi : *L. profectia ; § si pater, D. de jure dotium*, ou bien : *L. profectia* 5, § *si pater*, 6 *D.*, (ou *ff.*) *de jure dotium.*

Justinien publia deux constitutions, l'une en latin, et l'autre en grec, pour confirmer les Pandectes et défendre d'en faire des commentaires : il en détermina l'enseignement par une constitution particulière.

Des Institutes.—En travaillant aux Pandectes, on sentit la nécessité d'un livre élémentaire dont l'étude préparerait à celle de ce grand ouvrage et du Code. Tel fut l'objet des *Institutes*, qui contiennent les premiers principes de la science du droit. Composées par Tribonien et par les professeurs Dorothée et Théophile, elles furent publiées le 12 novembre 533, avant les Pandectes ; mais elles n'eurent force de loi

(1) *Digesta* vient de *digerere*, mettre en ordre ; *Pandectæ de* πᾶν *δέχομαι*, je contiens tout.

qu'en même temps que celles-ci, au mois de décembre de la même année. Les rédacteurs s'aidèrent surtout des Institutes de Gaius, qu'ils accommodèrent à la nouvelle législation. Ils insérèrent, en abrégé, plusieurs constitutions de Justinien et des éclaircissements historiques dans lesquels ils n'ont pas toujours fait preuve de discernement et d'exactitude.

Les Institutes sont divisées en quatre livres, dont chacun contient plusieurs titres, composés ordinairement d'un principium (pr.) et de plusieurs paragraphes (§). On les cite par les titres et les numéros des paragraphes, comme : § 1, l. *de tutelis ;* ou seulement par les numéros : § 1, l. 1, 13.

Du nouveau code.—Justinien chargea Tribonien et quatre autres jurisconsultes de mettre le Code en harmonie avec les Pandectes et les Institutes, et de les compléter par les Cinquante décisions et par plusieurs constitutions rendues pendant la confection du Digeste. Ce travail produisit un nouveau code, ou, si l'on veut, une nouvelle édition du Code (*Codex repetitæ prælectionis*), que l'empereur publia au mois de novembre 534.

Le Code renferme douze livres, divisés en titres et rangés à peu près dans le même ordre que le Digeste. En tête de chaque passage se trouve les noms du prince qui avait fait la constitution et de la personne à qui elle était adressée : la date est placée à la fin. Lorsque Justinien, dans les Institutes, parle du Code, il se réfère nécessairement à la première édition, puisque la deuxième est postérieure aux Institutes : aussi plusieurs constitutions citées dans ce dernier ouvrage comme devant se trouver dans le Code, ne s'y rencontrent pas aujourd'hui, parce qu'elles ont été supprimées dans la seconde édition, la seule que nous possédons.

Des Novelles.—Après la confection de ces différents ouvrages, Justinien, qui régna encore près de trente ans, continua à publier des ordonnances particulières, par lesquelles il changeait souvent ce qu'il avait établi.—Ces nouvelles constitutions, appelées *Novelles*, furent écrites, partie en latin, partie en grec, dans un style obscur et ampoulé. Julien, professeur à Constantinople, fit (570) un extrait en latin de cent vingt-cinq novelles ; il est connu sous le nom d'*Epitome* ou *Liber novellarum*. Peu après la mort de Justinien, une traduction complète des Novelles, qui paraît avoir reçu la sanction publique, fut faite par des inconnus. Elle fut appelée *authentique* par les glossateurs, qui, au XIIe siècle, la rangèrent en neuf collations, composées chacune de plusieurs titres ou novelles. Cette version fut ensuite appelée *ancienne*

ou *vulgate*, par opposition aux traductions qui furent faites au XVIe siècle sur de nouveaux manuscrits, et auxquelles elle fut préférée dans l'usage : c'est celle que renferme le *Corpus juris civilis*. Les glossateurs n'avaient compris que quatre-vingt-dix-sept novelles dans leurs neuf collections ; plusieurs de celles qu'ils avaient omises, et qu'ils appelaient *extravagantes*, ayant été retrouvées au XVIe siècles, y furent incorporées, de sorte que le *Corpus* contient aujourd'hui cent soixante-huit novelles, dont cent soixante sont de Justinien. Les novelles 140, 144, sont de Justin II ; les novelles 161, 163, 164, sont de Tibère II ; et les novelles 166, 167, 168, sont des édits du préfet du prétoire.

Chaque partie du recueil de Justinien fut, jusqu'au XVIe siècle, transcrite ou imprimée séparément. Leur ensemble, il est vrai, portait très anciennement le nom de *Corpus juris civilis*, mais c'était pour le distinguer du *Corpus juris canonici*. Ce ne fut qu'en 1604 que D. Godfroy donna le titre de *Corpus juris civilis* à la deuxième édition de son *Corpus juris civilis* annoté.

Si l'on considère les différentes parties du *Corpus juris* sous le rapport de l'autorité législative qui leur fut attribuée par Justinien, suivant la règle *posteriora prioribus derogant*, les Novelles l'emporteront sur le Code, celui-ci sur les Institutes et les Pandectes ; mais on suivra l'ordre inverse si, comme nous devons le faire aujourd'hui, on ne les considère que sous le rapport purement scientifique. Ce n'est que dans les Pandectes, en effet, c'est-à-dire dans les fragments empruntés, quoique souvent avec des mutilations, aux grands jurisconsultes des premiers siècles, que nous retrouvons cette habileté d'analyse et ces admirables déductions logiques qui avaient fait de la jurisprudence romaine le corps de doctrine le plus complet et le plus savant. Il ne faut pas perdre de vue cependant que si les innovations des Empereurs chrétiens ont détruit l'harmonie et altéré l'unité de cette jurisprudence, c'est au profit de l'humanité, et pour faire pénétrer dans la législation les principes de douceur et d'équité générale, que les anciennes institutions juridiques en excluaient. Ce sujet a été traité d'une manière remarquable par M. Troplong dans la dissertation qui a pour titre : *De l'influence du christianisme sur le droit romain*.

III.—*Destinée du droit romain après Justinien.*

Quoique les livres de droit de Justinien eussent été com-

posés en Orient, et principalement au moins pour l'Orient, c'est dans l'Europe occidentale que l'avenir leur réservait leur plus remarquable succès.

En Orient, en effet, comme la langue grecque était seule usitée, on ne tarda pas à traduire les textes latins du Digeste et du Code, et ces versions contribuèrent beaucoup à faire négliger les originaux. A ce premier inconvénient vinrent s'en ajouter d'autres. Les successeurs de Justinien publièrent un grand nombre de novelles pour modifier une législation encore trop éloignée des habitudes de leurs peuples, et les jurisconsultes de Constantinople et de Bérite, ne tenant plus compte de la défense faite par Justinien de commenter ces recueils, écrivirent en grec une foule de paraphrases et de commentaires (1) auxquels on se référa, dans la pratique, de préférence aux textes abandonnés. Cet état de choses nécessita une révision générale du corps de droit et sa publication authentique dans la langue usuelle. Ce travail, entrepris par les ordres de Basile le Macédonien (2) et achevé sous son fils Léon le Philosophe, fut publié vers l'an 890, sous le titre de *Basiliques* (Βασιλικαὶ διατάξεις), et fit tomber en désuétude les recueils de Justinien. Environ cinquante ans après la promulgation de ce code grec, l'Empereur Constantin Porphyrogénète en fit publier une nouvelle édition, revue et augmentée, *Basilicæ repetitæ prælectionis* (τῶν βασιλικῶν ἀνακάθαρσις). Cette seconde édition est la seule qui soit arrivée jusqu'à nous, et encore d'une manière incomplète (3).

Les *Basiliques*, modifiées par de nombreuses ordonnances rendues par les successeurs de Basile, de Léon et de Constantin, restèrent la base du droit commun dans l'Orient jus-

(1) Théophile, l'un des rédacteurs des *Institutes*, ouvrit à Constantinople un cours pour enseigner, en langue grecque, les principes de ce livre élémentaire. On sait qu'il en a composé dans la même langue une paraphrase qui offre un intérêt d'autant plus précieux, que l'auteur a pu compulser les livres originaux qui ont servi à la rédaction des compilations justiniennes, avantage dont ont été privés presque tous ceux qui ont écrit après lui.

(2) En attendant la confection des *Basiliques*, qui devaient comprendre l'ensemble de toute la législation d'après les recueils traduits de Justinien et d'après les commentaires qui en avaient été faits, Basile publia une espèce de manuel de droit, Πρόχειρον τῶν νομῶν, composé de quarante livres, dont vingt-huit ont été imprimés dans le *Jus græco-romanum* de Lœwenklan,

(3) L'ouvrage est divisé en six parties et en soixante livres ; sous le rapport de l'ordre général et de la méthode, il est supérieur aux compilations justiniennes. Nous en possédons trente-six livres entiers ; sept sont incomplets, et nous n'avons des dix-sept autres que quelques fragments. Nous devons la conservation de ce qui reste des *Basiliques* à Fabrot, qui en publia, en 1647, une belle édition avec une tra-

qu'à la prise de Constantinople (1453). A cette époque, les Turcs laissèrent aux Grecs l'usage de leur ancienne législation, comme autrefois les Germains avaient fait aux Romains d'Occident. Mais, quoique les Basiliques aient toujours été considérées par les Grecs modernes comme la source théorique de leur jurisprudence, un abrégé de droit composé par Harmenopule, jurisconsulte, mort à Constantinople en 1382, sous le titre de Πρόχειρον τῶν νομῶν, *Promptuarium juris*, avait obtenu de bonne heure, parmi eux, une telle autorité, que c'est d'après les doctrines de ce manuel, qu'ont été décidées jusqu'à nos jours toutes les questions de droit civil dans la Grèce ottomane (voy. *Thémis*, tit. I, p. 201).

En Occident. — Les recueils de Justinien furent introduits et déclarés obligatoires en Italie, lorsque les troupes de cet empereur en expulsèrent les Ostrogoths. Et, quoique cette victoire ait été de courte durée, comme le droit romain ne fut détruit, dans ce pays, ni par les Lombards, ni plus tard par les Francs, qui s'en emparèrent, l'œuvre juridique de Justinien ne dut pas y perdre entièrement son autorité. Bien plus, il est certain que les livres de Justinien se propagèrent dans les Gaules. M. de Savigny, et, avant lui, Caseneuve, ont réuni, sur tout cela, des témoignages irrécusables. Mais, au milieu de l'espèce de recul que la conquête imprimait à l'ancien monde, au sein des ténèbres qui couvrent les premiers siècles du moyen âge, le droit romain dut vivre, comme tous les arts et toutes les sciences, d'une vie obscure qui n'a laissé que des traces faibles et incertaines. Les livres de droit de Justinien, quoique connus en Italie et en France, le code Théodosien et les autres monuments de l'ancienne législation romaine, n'étaient guère à la portée des esprits grossiers qui, hors des cloîtres, étaient en état d'entendre les lettres latines, et l'on comprend qu'on leur ait longtemps préféré, dans la pratique, des abrégés comme le *Breviarium*, et des formules comme celles que nous a conservées Marculphe. Mais ce serait une erreur impardonnable, dans l'état actuel de la science historique, de croire que le droit romain (et par là nous entendons non-seulement le droit de Théodose, mais aussi celui de Justinien) ait jamais

duction latine. En 1833, M. Heimbach a fait paraître, à Leipzig, une nouvelle édition, grecque et latine, qui remplit quelques-unes des lacunes laissées par Fabrot. La conférence des *Basiliques* avec les compilations de Justinien peut offrir des ressources importantes ; elle a permis à Cujas et à Leconte d'expliquer ou de rectifier philologiquement plusieurs passages du Code et des Pandectes.

été complètement abandonné. De nombreux documents attestent le contraire, entre autres deux abrégés du droit de Justinien, dont nous devons dire ici quelques mots. — Le premier, connu sous le nom de *Petri exceptiones legum Romanarum*, a été composé dans le territoire de Valence (en Dauphiné), vers le milieu du XIe siècle. C'est une exposition méthodique du droit, pour laquelle l'auteur, dont le nom seul est connu (*Petrus*), a fait usage des Institutes, des Pandectes, du Code et des Novelles. M. de Savigny a donné une nouvelle édition de cet ouvrage à la suite de son *Histoire du droit romain au moyen âge*.—Le second, qui, dans un manuscrit de la bibliothèque de Vienne (Autriche), porte le titre de *Summa novellarum constitutionum Justiniani imperatoris*, mais qui est connu généralement sous le titre de *Brachylogus*, a été, suivant toute vraisemblance, composé en Lombardie, au commencement du XIIe siècle.

Rénovation du droit romain au XIIe siècle.—Les Glossateurs.—Les ouvrages que nous venons de mentionner, et quelques autres, notamment les *Quæstiones ac monita*, qui remontent vers l'an 1000, étaient les préludes de la rénovation, qui se manifesta avec éclat dans la science du droit romain, au commencement du XIIe siècle. Six siècles s'étaient écoulés pendant lesquels s'étaient opérés la fusion des deux races, germaine et romaine, et le laborieux enfantement des sociétés nouvelles. L'œuvre de la civilisation moderne commençait. Les villes de l'Europe méridionale, de la Lombardie surtout, étaient parvenues à un haut degré de richesse, de population et de puissance. La vie nouvelle qui animait leur commerce et leurs affaires exigeait un droit civil plus développé que celui qui suffisait aux relations étroites des premiers temps du moyen âge. Or, ces développements, on ne pouvait évidemment les demander aux législations des anciennes tribus germaniques ; mais ils existaient dans les livres du droit romain, dans les Pandectes particulièrement, dont l'origine se rapportait au bel âge de la jurisprudence romaine. Il ne fallait que les y chercher, et l'étude de ces sources fécondes offrait de quoi satisfaire pleinement tous les besoins juridiques de l'époque. C'est ce qui fut compris, et c'est ce qui explique comment la plus grande activité scientifique du XIIe siècle se tourna vers le droit romain. Au commencement de ce siècle, *Irnerius* fonda à Bologne une école célèbre d'où rayonna bientôt sur toute l'Europe la science rajeunie du droit romain. La renommée de ce jurisconsulte attira de par delà les Alpes une foule de jeunes

gens qui rapportèrent dans leur patrie les doctrines développées de la jurisprudence classique, et les répandirent, soit par leurs écrits, soit par l'enseignement, dans des écoles formées à l'imitation de celle de Bologne, soit en les faisant passer dans la pratique comme juges ou avocats. Les principaux disciples d'Irnerius furent Bulgarus, Martinus, Jacobus et Ugo, ses successeurs immédiats, puis, Burgundio, Vacarius, qui éleva une école en Angleterre, Placentinus qui professa le droit romain à Montpellier à la fin du XIIe siècle, Azo, et enfin Accurse (*Accursius*), qui clôt, vers le milieu du XIIe siècle, la série de ces premiers et laborieux interprètes du droit romain qu'on a nommés *glossateurs*, parce que leur usage était de rédiger en notes ou *gloses* interlinéaires ou marginales leurs travaux sur les textes du Digeste, des Institutes ou du Code (1). Accurse doit sa grande célébrité à la compilation connue sous le nom de *Glose ordinaire* ou *Grande glose*, dans laquelle il a recueilli les gloses de ses prédécesseurs éparses dans un grand nombre de manuscrits, en y ajoutant ses propres observations. Ce travail eut un immense succès, et obtint un telle autorité, que, dans les tribunaux, on invoqua longtemps la glose de préférence aux textes eux-mêmes. On était alors arrivé à une de ces époques de décadence où une compilation commode est préférée aux œuvres du génie.

En effet, dès le milieu du XIIIe siècle, l'étude du droit romain avait perdu son caractère d'originalité et de force. A l'investigation active des sources, à l'exégèse vive et pénétrante des premiers glossateurs, avait succédé une déférence aveugle pour les autorités. Au XIVe siècle, Barthole (*Bartholus, de saxo ferrato*) rendit quelque vie à la jurisprudence romaine. Il écrivit des traités qui ont longtemps exercé de l'influence, mais que le défaut de science critique, les subtilités de la méthode philosophico-scolastique, l'abus des divisions et subdivisions, ont dû plus tard discréditer.

Renaissance du droit romain au XVIe siècle.—Au XVIe siècle, la science du droit romain participant au mouve-

(1) Nous avons vu quel fut le travail des glossateurs sur les Novelles. Ajoutons qu'ils indiquèrent les innovations introduites par les Novelles au moyen de sommaires placés dans le Code, à la suite des constitutions abrogées ou modifiées. En tête de ces extraits, qui, dans les éditions modernes, sont imprimés en lettres italiques, on cite la collation et la Novelle d'où ils sont tirés, et pour lesquels on se réfère à la Vulgate, ou version authentique. De là vient qu'on nomme ces extraits ou sommaires les *authentiques du Code*.

ment intellectuel de cette grande époque, vivifiée par l'histoire et la philologie, brille d'un éclat inouï. Ce n'est plus en Italie, comme au XIIe siècle, c'est en France qu'est placé le centre de cette activité régénératrice. En 1529, Alciat a passé les Alpes, pour venir fonder à Bourges une école qu'ont illustrée *Cujas* et *Doneau*, ces grandes lumières juridiques du XVIe siècle : Cujas, que ses savants contemporains ont appelé le Grand Cujas, et qui a mérité ce titre par l'admirable intelligence avec laquelle, grâce aux secours que lui fournirent l'histoire et les lettres grecques et romaines, il pénétra au fond des obscurités du Digeste et du Code, et ressuscita les doctrines de Papinien et des autres jurisconsultes de l'époque classique ; Doneau, inférieur à Cujas sous le rapport des connaissances historiques et philologiques, mais qui lui est supérieur pour la philosophie et la logique. Autour de ces géants de la science, une foule d'érudits honorent le XVIe siècle et notre pays, par l'ardeur de leurs recherches et les résultats pratiques de leurs travaux. Nous nous contenterons de citer, parmi les précurseurs de Cujas, G. Budée, Ant. Muret, Ferreti, Am. Bouchard, Duarein, Dutillet, éditeur de plusieurs textes antéjustinianéens, Jean de Coras, Baron, Beaudouin, Hottman, le Caton (*Charondas*), du Ferrier (*Ferrerius*) : parmi ses contemporains, Lecompte, Brisson, Labitte, Roussard ; parmi ses élèves, Pierre et François Pithou, Ranchin, Dufaur de Saint-Jory (*Faber Sanjorianus*), et un peu plus tard, Pacius (*legum conciliatarum centuriæ*, 1596), Denis Godefroy, qui a donné à la science la collection devenue classique du *corpus juris*, son fils Jacques, Jean de Lacoste) (*Janus a Costa*).

Quelques pays voisins de la France participèrent, quoique à un moindre degré, à ce grand mouvement vers l'étude du droit romain. L'Italie peut citer Paul Manuce (*Antiquitates romanæ*, 1557), Sigonius, célèbre surtout par son histoire *De antiquo jure populi romani ;* Torelli, Scipion, professeurs à Altorf, le président Fabre (*Codex fabrianus*), l'honneur de la Savoie.—L'Espagne et le Portugal peuvent offrir aussi Antoine Augustin (*De nominibus propriis*, 1579), Suarez de Retez, Caldera, Altamiranus et Velasquez, etc.

Aux XVIIe et XVIIIe siècles, le mouvement se ralentit et s'arrête en France. C'est dans la Belgique que s'est porté le centre de l'activité juridique. La patrie de Cujas, qui, au XVIIe siècle, comptait encore quelques continuateurs des œuvres du grand commentateur, Fabrot, Mérille, Hauteserre, Domat, ne peut plus citer, dans le siècle suivant, que Po-

thier (1). La Belgique, qui déjà avait produit, depuis la fin du XVIIe siècle, Paul Mérula (*Van-Merle*), Giphanius (*Van Giffen*), Vinnius, le consciencieux commentateur des Institutes ; Grotius, le créateur du droit des gens ; Wissembach, Huber Voët, dont les commentaires sur les Pandectes ont été d'un usage journalier devant les tribunaux ; Gérard Noodt, etc., la Belgique est, au XVIIIe siècle, le pays le plus fertile en jurisconsultes ; témoin Gronovius, Schulting, Bynkershoek, Brenchmann, Vieling, Otton de Reiz, Méermann, les deux Cannegieter, Voorda, etc., etc.

L'Allemagne, qui était destinée à recueillir, au XIVe siècle, les grandes traditions de l'école de Cujas et de Doneau, commence, au XVIIIe, à suivre le mouvement de la Belgique ; elle compte, dans ce dernier siècle, un grand nombre de noms célèbres : Henri de Cocceji, Thomassius, Scubart, les deux Bœhmer, Reinold, Everard, Ottan, Heineccius, Hoffman, Gebauer, Brunquell, Conradi, Mascow, Ritter, Ernesti, J.-Aug. Bach, Spangenberg, J.-Ch. Kock, etc.

Au XIXe SIÈCLE, c'est en Allemagne que brille ce foyer d'études actives que, par une singularité historique, nous avons vu se déplacer de siècle en siècle. On sait avec quel zèle les Allemands ont exploité et exploitent encore les trésors que la découverte récente de plusieurs textes ignorés jusqu'à nos jours a mis à la disposition de la science. La *République* de Cicéron, les *Fragmenta vaticana*, le traité de Lydus sur *les magistrats*, les fragments de Simmaque, de Denys d'Halicarnasse, du *code Théodosien*, surtout les *Institutes* de Gaius, tous ces restes précieux de l'antiquité, retrouvés sous d'anciennes écritures, exhumés par des mains habiles, examinés, étudiés profondément, comparés aux richesses anciennement acquises, ont permis à Niehbur, à Savigny, à Hugo, à Haubold, à Schrader, à Zimmern, à Walter, à Schilling, etc., à toute cette phalange d'infatigables et intelligents travailleurs, de mettre en relief des faits ou des institutions inconnus ou mal compris, de rectifier bien des erreurs accréditées par la tradition ; de renouveler, en un mot, la science du droit romain.

La France ne s'est associée que très lentement à ce mouvement de résurrection du droit romain. Mais l'activité des esprits une fois dirigée sur ce point, elle n'a pas tardé à

(1) Les *Pandectes de Pothier*, dans lesquelles ce judicieux auteur a disposé avec méthode les textes des compilations justinianéennes, et a établi entre eux des liaisons logiques, manifestées souvent par un mot ou un simple rapprochement, sont l'ouvrage le plus propre à populariser le droit romain.

prendre là, comme ailleurs, le premier rang. Les travaux de MM. Blondeau, Jourdan, Ducaurroy, ont ouvert une voie dans laquelle le goût des études historiques a entraîné un grand nombre d'intelligences. L'essor a été donné par la *Thémis*, recueil périodique, qui a rendu un grand service à la science en ramenant les esprits à l'étude des textes. A ce recueil, qui a cessé de paraître en 1830, ont succédé, en modifiant toutefois ses tendances un peu exclusives, la *Revue de législation*, fondée en 1834 par MM. Wolowski, Troplong, Giraud, etc., et continuée sous le titre de *Revue critique de législation*, par MM. Marcadé, Pont, etc., la *Revue française et étrangère de la législation*, publiée par MM. Félix, Valette, Laferrière, etc., et depuis peu, la *Revue historique du droit français et étranger*, qui a pour directeurs MM. Ginouilhac, Laboulaye, Dareste, etc. En même temps que ces recueils scientifiques, un certain nombre de publications, les unes ayant pour objet de vulgariser parmi nous la science allemande, comme la traduction du *Traité des actions* de Zimmern, par M. Etienne, la traduction de l'*Histoire de la procédure civile des Romains*, de Walter, par M. Laboulaye ; les autres, plus originales, comme l'*Introduction historique* de M. Giraud, l'*Histoire du droit de propriété foncière* de M. Laboulaye, l'*Essai sur les lois criminelles des Romains*, par le même auteur ; l'essai sur l'*Histoire du droit privé des Romains*, par M. Guérard, la dissertation de M. Machelard sur l'*accroissement*, son étude sur les lois *Julia* et *Papia*, son traité des *obligations naturelles* en *droit romain* ; un grand nombre de monographies publiées par de jeunes docteurs, comme celle de M. Couteau sur la *collatio*, celle de M. Lair, sur la *compensation*, celle de M. Tambour sur *les voies d'exécution sur les biens* ; les aperçus historiques dont M. Troplong a rehaussé ses écrits sur le droit français, de nouveaux commentaires des Institutes de Justinien, empreints d'un esprit de critique et d'une intelligence historique qui contraste avec la sécheresse des anciens *compendia*, d'autres publications enfin d'un caractère moins juridique, comme l'*Histoire des classes nobles* de M. Gragnier de Cassagnac ; tout cet ensemble de travaux atteste que l'étude du droit romain, comprise désormais comme une nécessité, par les historiens, par les jurisconsultes et par les publicistes, a pris en France un nouvel aspect et y excite un vif intérêt.

BIBLIOTHÈQUE CHOISIE DE DROIT ROMAIN.

I. LES TEXTES.

Les compilations législatives de Justinien constituant les textes les plus importants et les plus étendus du droit romain, l'ouvrage qui doit faire le fonds de la bibliothèque de l'étudiant en droit romain, doit être naturellement le *Corpus juris civilis*, qui comprend, comme on le sait, les Institutes, les Pandectes, le Code et les Novelles. Il en a été fait un grand nombre d'éditions, les unes avec des gloses ou notes marginales, telles que celles de Jacques Godefroi ; les autres, sans gloses, comme celle qui a été publiée il y a quelques années à Leipzig par Beek (1).

Ceux qui veulent approfondir le droit romain et l'étudier comme il doit l'être, historiquement, doivent se procurer, en outre, un recueil des documents juridiques antérieurs à Justinien. Schuting avait publié, en 1717, un de ces recueils sous le titre de *Jurisprudentia vetus antejustinianea ;* Hugo en avait publié, en 1815, un autre sous le titre de *jus civile antejustinianeum*. Mais ces collections, qui ne renferment ni les Institutes de Gaius, ni les autres fragments découverts depuis en Italie, sont devenues incomplètes. Heffer, Bœching, Bethman-Hollveg, et plusieurs autres professeurs allemands ont, depuis quelques années, entrepris la publication d'un *Corpus juris civilis antejustinanei* qui, collationné sur un grand nombre de manuscrits et devant comprendre toutes les découvertes modernes, formera le recueil le plus exact et le plus complet qui existe.

Quant aux recueils exégétiques élémentaires, on a imprimé à Paris, sous les auspices successifs de MM. Jourdan, Ducaurroy, Blondeau, Laboulaye et Pellat, et sous les titres de *Juris civilis Egloga*,—*Juris civilis Enchiridium*,—*Juris civilis Promptuarium*, — *Manuale juris synopticum*, des recueils manuels, à l'usage des étudiants, qui renferment, en un volume, tantôt in-8, tantôt in-12, tantôt in-32, les Institutes de Justinien, les Institutes de Gaius, le *Liber singularis* d'Ulpien, les Sentences de Paul, et quelques autres

(1) Les frères Kriegel avaient préparé une nouvelle édition du *Corpus juris civilis*, qui a été achevée par le professeur Hermann, et publiée à Leipzig en 1844, en 3 vol. gr. in-8°. Cette édition mérite d'être recommandée.

documents originaux. L'un de ces recueils doit être nécessairement le *Vade-mecum* de l'étudiant.

Il est un autre genre de sources qui offre un grand intérêt, surtout pour l'histoire du droit romain ; je veux parler de la collection des écrivains latins et grecs, prosateurs ou poètes, qui, dans leurs narrations ou dans leurs discours, ont mis en relief et en action les institutions politiques et judiciaires des Romains. Parmi les écrivains latins qui présentent le plus de ressources sous ce rapport, on doit mettre en première ligne Cicéron ; il faut citer ensuite Tite-Live, Tacite, Varron, Aulu-Gelle, Festus, les deux Pline, etc. Parmi les écrivains grecs, Polybe, Denis d'Halicarnasse, Diodore de Sicile, Appien et Procope fournissent des notions utiles.— M. Benech, professeur de la faculté de droit de Toulouse, et M. de Caquerey, professeur à la faculté de Rennes, ont publié, le premier sous le titre d'*Etudes sur les classiques latins appliqués au droit civil romain*, le second, sous le titre d'*Explications des passages de droit privé dans les œuvres* de Cicéron, des ouvrages où ils ont relevé les passages qui ont trait à la science du droit romain.

Enfin il faut placer au nombre des sources de la connaissance du droit romain les monuments qui se rapportent, de près ou de loin, aux institutions juridiques des Romains : ce qui comprend les inscriptions sur pierre, métal ou autres matières (1), et les titres sur parchemin ou papyrus, ainsi que les médailles ou monnaies (2).

II. BIBLIOGRAPHIE MODERNE.

A. *Sur l'histoire du droit romain* (3).

CAR. SIGONIUS. *De antiquo jure populi romani, lib.* XI. Cet ouvrage, d'une grande érudition. a été plusieurs fois réimprimé.

(1) *Antiquitatis romanæ monumenta legalia extra libros juris romani sparsa, quæ in ære, lapide, aliave materia... supersunt. Delectu, forma et variarum tectionum adnotatione usui expeditiori accommodavit,* etc. C.-G. Haubold. *Opus ex adversariis defuncti auctoris, quantum fieri potuit, restituit,* E. Spangenberg. Berlin, 1850.

(2) Elles se trouvent dans les grands ouvrages numismatiques de Spanheim et Eckel.

(3) Tous les livres que nous allons indiquer, et généralement tous ceux qui sont cités dans le cours de notre ouvrage, se trouvent chez l'éditeur du *Manuel.*

Gravina. *De ortu et progressu juris civilis lib.* III, *quibus accedunt de romano imperio lib. sing.* 1696. Souvent réimprimé.

De Beaufort. *La république romaine*, ou plan général de l'ancien gouvernement de Rome. La Haye, 1766, 2 vol. in-4o, ou Paris, 1767, 6 vol. in-12. C'est une source féconde où plus d'un auteur contemporain a puisé.

Gibbon. *History of the decline and fall of the Roman empire.* London, 1777-88. Cet ouvrage a été traduit en français par M. Guizot ; Paris, 1823, 13 vol. in-8o.

Niebuhr. *Rœmishe geschite.* Cette célèbre histoire romaine, dans laquelle l'auteur a malheureusement suppléé quelquefois à l'érudition par l'imagination, a été traduite en français par M. de Golbéry. Paris, 7 vol. in-8o.

Fuss. *Antiquitates romanæ.* La 3e édition de cet ouvrage, justement estimé, a été publiée à Liepzig en 1837.

Haubold. *Historia juris romani, tabulis synopticis secundum Bachium concinnatis illustrata.* Lipsiæ, 1790, in-8o.

Gust. Hugo. *Lehrbuch der geschichte der Rœm, rechts.* La 10e édition de cet ouvrage, qui n'est cependant que le programme du cours de l'auteur, a été publiée à Berlin en 1827, 2 vol. in-8o. Il en existe une traduction française faite sur la 7e édition allemande par M. Jordan, docteur en médecine, traduction peu estimée quoiqu'elle ait été revue par M. Poncelet. Paris, 1822, 2 vol. in-8o.

Berriat Saint-Prix. *Histoire du droit romain.* Paris, 1821, in-8o.

Macieiowski. *Historia juris romani.* Varsoviæ, 1825, in-8o.

De Savigny. *Histoire du droit romain au moyen âge*, traduite de l'allemand par M. Guénoux. Paris, 1838, 3 vol. in-8o.

Walter *Geschichte des Rœmischen rechts bis auf Justinian.* La seconde édition de cette Histoire du droit romain a paru à Bonn, en 1844. M. Laboulaye a traduit le 4e livre de cet ouvrage qui forme l'*Histoire de la procédure civile.* Paris, 1840, broch. in-8o.

Giraud. *Introduction historique* aux éléments du droit romain. Paris, 1835, in-8o.

Laboulaye. *Histoire du droit de propriété foncière en Occident.* Paris, 1839, in-8o.

Guérard. *Essai sur l'histoire du droit privé des Romains.* Paris, 1841, in-8o. Ouvrage remarquable par le talent de l'exposition et par l'originalité des aperçus.

Laboulaye. *Essai sur les lois criminelles des Romains, concernant la responsabilité des magistrats*, Paris, 1845, in 8o.

Ortolan. *Histoire de la législation romaine;* 7e édition, 1863, in-8o.

Laferrière. *Histoire du droit civil de Rome et du droit français.* Paris, 1846 à 58, 6 vol. in-8o.

B. *Sur les principes du droit romain.*

Je n'indique ici qu'un choix d'ouvrages élémentaires. Parmi les traités ou commentaires qui renferment des matières et des développements étendus, je me contente de citer les *Pandectes de Pothier*, les œuvres de Cujas, celles de Doneau.

Comme ouvrages traitant de l'ensemble du droit romain, dans un ordre systématique, je mentionnerai les suivants:

Chr. Fred. Muhdembruch. *Doctrina Pandectarum*, 3 vol. Halæ, ed. tertia, 1830-1831.

Warnkœnig. *Commentarii juris romani privati*, 3 tom. Leodii, 1825-1829.

Mackeldey. *Lehrbuch inst. d. heut. rom. rechts.* L'introduction de cet ouvrage avait été traduite en français par M. Etienne et M. Poncelet, sous le titre d'*Histoire des sources du droit romain*. L'ouvrage entier a été traduit par M. Beving. Bruxelles, 1837, 1 vol. in 8o.

De Fresquet. *Traité élémentaire du droit romain.* Ouvrage qui assure à son auteur une place distinguée parmi les romanistes de notre époque. Paris, 1855, 2 vol. in-8o.

Ch. Maynz. *Eléments du droit romain.* 2 vol. de cet ouvrage, qui en aura trois, ont paru, le premier en 1856, le second en 1859. Bruxelles et Paris.

Les ouvrages suivants sont des commentaires des Institutes de Justinien.

Théophile. On sait que Théophile, l'un des rédacteurs des Institutes, en a composé une paraphrase grecque, qui offre sur plusieurs points des éclaircissements importants. La meilleure édition est celle que Reitz, jurisconsulte et philologue allemand, a publiée avec une bonne traduction latine, 2 vol. in 4o, la Haye, 1751. M. Frégier a fait imprimer une bonne traduction française de l'ouvrage de Théophile, avec des notes. Paris, 1847, in-8o.

Ann. Vinnius. *Comment. in qual. lib. Institut.*, souvent réimprimé. Quelques éditions renferment les *Quæstiones selectæ* du même auteur.

Ducaurroy. *Institutes de Justinien nouvellement expliquées*, 2 vol. in-8o. Cet ouvrage, qui forme le complément des commentaires de Vinnius, a eu un grand nombre d'éditions, et a mérité par l'exactitude de ses doctrines de devenir classique dans nos écoles.

Ortolan. *Explication historique des Institutes de Justinien.* La 8e édition de cet ouvrage, auquel l'élégance du style et les développements historiques prêtent un grand charme, a paru en 1870. Paris, 3 vol. in-8o.

Étienne. *Institutes de Justinien traduites et expliquées.* Aix et Paris, 1846, 2 vol. in-8o.

Ch. Demangeat. *Cours élémentaire de droit romain*, 2e édit. 1867 ; 2 volumes. Ouvrage remarquable dans lequel se révèle à chaque page la profonde érudition de son auteur.

L. Thézard. *Répétitions écrites sur le droit romain.* Paris, 1864, 1 vol. in-8o.

M. R. de Couder. *Résumé de repétitions écrites sur le droit romain.* Paris, 1871, 1 vol. in-12.

C. Accarias. *Précis de droit romain.* Paris, 1872. 1er volume contenant les deux premiers livres des Institutes.

Van Wetter (P.) *Cours élémentaire du droit romain*, contenant la législation de Justinien, avec l'histoire, tant externe qu'interne, du droit romain, 1871-1872, 2 vol. grand in-8o.

OBSERVATION.

Bien qu'un certain nombre de phrases latines aient été intercalées dans le manuel, nous ne saurions trop recommander à messieurs les étudiants la lecture et l'étude des textes eux-mêmes. Leur traduction en français et leur explication font souvent, dans les examens, le sujet de questions spéciales.

EXAMEN

SUR LES

INSTITUTES DE JUSTINIEN

LIVRE PREMIER

TITRE 1er. — *De la justice et du droit.*

Demande. Attribuer à chacun le sien, c'est le but que doit se proposer l'homme juste ; que nous faut-il pour atteindre ce but ?

Réponse. Il nous faut la *justice* et la *jurisprudence.*

D. Qu'est-ce que la justice ?

R. La justice est la volonté ferme et durable de rendre à chacun le sien (*constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*).

D. Qu'est-ce que la jurisprudence ?

R. C'est la connaissance acquise du droit (*juris prudentia*) (1).

D. Qu'est-ce que le droit ?

R. C'est la science du juste et de l'injuste (*justi atque injusti scientia*), c'est-à-dire l'ensemble des préceptes servant à distinguer en toutes choses, divines et humaines (*divinarum atque humanarum rerum*), ce que chacun a à faire ou ce dont il a à s'abstenir (2).

(1) Remarquez la relation de ces trois mots : *jus*, le droit ; *justitia*, la volonté d'observer le droit ; *jurisprudentia*. la connaissance du droit. — Le mot droit, *jus*, a plusieurs significations : il vient de *jussum*, ordre, loi, et il signifie, tantôt la collection ou la science des lois, tantôt la faculté qui appartient à quelqu'un d'après les règles de cette science, comme quand on dit : le droit de succession, le droit de passage, *jus hæreditatis*, *jus itineris*. *Jus* se dit aussi quelquefois du lieu où siège le magistrat investi de la juridiction, *in jus vocare*.

(2) La science du droit suppose la connaissance générale et plus ou moins approfondie des choses divines et humaines (*divinarum atque humanarum rerum* NOTITIA). Car le droit s'applique à tout, mais il ne s'y applique que sous un rapport ; pour y déterminer le juste et

D. Pourquoi dit-on dans les choses *divines ?*

R. C'est qu'à Rome, dans la Rome païenne surtout, les règles relatives au culte avaient un caractère légal et une grande influence sur les droits des citoyens, et qu'elles formaient, sous le nom de droit sacré, divin ou pontifical, une partie importante de la science du jurisconsulte (1).

D. Quels sont les préceptes fondamentaux du droit ?

R. Ils se réduisent à trois : vivre honnêtement, ne léser personne, rendre à chacun ce qui lui appartient. — Le droit tout entier repose sur ces trois bases morales ; il serait incomplet si une seule de ces bases lui manquait. Il y a des lois, en effet, qui prohibent certains actes, indépendamment du préjudice qu'ils peuvent causer, et seulement dans l'intérêt des bonnes mœurs et de l'honnêteté publique, comme

l'injuste (*justi atque injusti* SCIENTIA). C'est ainsi, et en pesant la valeur de ces mots, *notitia*, simple connaissance, *et scientia*, science, connaissance parfaite, qu'il faut entendre la définition des Institutes. — Ulpien, L. 1, § 1, D. *de just. et jure*, définit le droit, d'après Celse, l'art de déterminer ce qui est bon et équitable, *ars œqui et boni :* à ses yeux, le jurisconsulte remplit une sorte de sacerdoce (*quis nos sacerdotes appellet*), il enseigne la philosophie pratique (*veram philosophiam, non simulatam affectantes*). Ce n'est pas à dire pourtant que les jurisconsultes romains confondissent le droit et la morale, les devoirs *parfaits* et les devoirs *imparfaits ;* ils les distinguent fréquemment : *non omne quod licet honestum est ;* et les Institutes ne sont pas un cours de morale. Les définitions d'Ulpien et des Institutes indiquent seulement que le droit a des bases morales, et que ses prescriptions doivent être suivies, moins parce qu'elles entraînent une contrainte légale, que parce qu'elles sont l'expression d'un devoir de conscience. Ces définitions, au reste, s'appliquent au droit romain parvenu au développement qu'il avait reçu dans les dernières périodes de son histoire, sous l'influence de la philosophie et d'une civilisation plus libérale. Elles auraient mal convenu au droit primitif des Romains, qui, rigoureux et inflexible comme les mœurs d'alors, avait son point d'appui, non dans l'équité et la raison, mais dans la tradition et l'autorité. Le droit était alors la règle imposée, *jussum*, dans la force de l'expression. Le passage du droit primitif et rigoureux au droit fondé sur l'équité et la raison constitue la partie la plus importante de l'histoire du droit romain et se fera remarquer dans toutes les matières que nous aurons successivement à traiter. Voy. d'ailleurs p. 36 de l'*Introduction*.

(1) Voy. *Introd.*, p. 33. Le célèbre jurisconsulte Antistius Labéon, qui vivait sous Auguste, avait composé un traité sur le droit pontifical, que Festus cite souvent, et qui avait au moins quinze livres. *Antistius Labeo ait in commentario XV juris pontifici.* Festus, verb. *Sistere*.

celles qui interdisent le mariage entre parents d'un certain degré, qui interdisent à un homme d'avoir deux épouses, etc. Ces lois ne rentrent point dans les deux derniers préceptes, *alterum non lædere*, *suum cuique tribuere* ; elles sont fondées sur le premier, *honeste vivere*.

D. Le droit comprend-il tous les devoirs que comporte le précepte *honeste vivere* ?

R. Non, sans doute. Le droit, quoique basé sur la morale, a beaucoup moins d'étendue qu'elle. Vivre honnêtement, est un précepte de la morale qui entraîne une foule de devoirs de bienséance et de charité auxquels les lois n'ont pas donné un caractère obligatoire, comme le devoir de faire l'aumône, d'observer la tempérance, etc. Ces devoirs, qui sont restés dans le domaine exclusif de la morale, sont appelés *imparfaits*, par opposition aux devoirs *parfaits*, qui créent une obligation légale, et à l'exécution desquels on peut être contraint judiciairement. La distinction des devoirs parfaits et imparfaits est exprimée, dans les lois romaines, par la maxime *non omne, quod licet, honestum est* (L. 144, D. *de reg. jur.*).

D. En combien de branches se divise la science du droit ?

R. En deux branches. L'homme, en effet, a des devoirs à remplir, non-seulement envers chacun des autres hommes, mais aussi envers l'Etat ou la société dont il est membre. De là la division du droit en deux parties : le *droit public* et le *droit privé*.

D. Qu'est-ce que le droit public ?

R. C'est celui qui règle la constitution de l'Etat et les rapports de la société avec les membres qui la composent (*quod ad statum rei romanæ spectat*, § 4) (1).

D. Qu'est-ce que le droit privé ?

R. C'est celui qui règle les intérêts des particuliers entre eux (*quod ad singulorum utilitatem*, § 4). Les Institutes ne s'occupent que du droit privé.

D. Comment se divise le droit privé par rapport aux sources d'où il dérive ?

R. Il se divise en trois parties (*tripartitum est ; collectum*

(1) Le droit sacré fait partie du droit public. *Publicum jus*, dit Ulpien, *in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.*

est enim ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus, § 4) : le *droit naturel*, le *droit des gens* et le *droit civil*.

Titre II. — *Du droit naturel, du droit des gens et du droit civil.*

D. Qu'est-ce que le droit naturel ?

R. Le droit naturel (*quod natura omnia animalia docuit*, § 1) est celui que la nature enseigne à tous les animaux. Il est, en effet, des lois de la nature, dont l'accomplissement n'exige pas l'intelligence humaine, mais seulement l'existence animale (1). C'est d'après ces lois que les sexes s'unissent, que les petits sont nourris et élevés jusqu'à ce qu'ils puissent se suffire à eux-mêmes. L'homme et les animaux obéissent à ces lois ; mais il y a cette différence que l'homme seul obéit par raison, et avec le sentiment d'un devoir, tandis que les animaux y obéissent par instinct.

D. Qu'est-ce que le droit des gens ?

R. Le droit des gens est celui que la raison naturelle a établi entre tous les hommes (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, § 1). Son nom lui vient de ce qu'il est observé chez toutes les nations, du moins chez toutes les nations civilisées (*quasi quo jure omnes gentes utuntur*, § 1). Mais son caractère consiste non pas précisément à être

(1) La distinction du droit *naturel*, du droit *des gens* et du droit *civil*, est une des traces nombreuses laissées dans la jurisprudence romaine par la philosophie stoïcienne (*Introd*, p. 58) laquelle considérait l'homme comme *animal*, comme *homme* et comme *citoyen*. Mais cette triple division du droit n'a pas de fondement rationnel et n'a pas été admise par la généralité des jurisconsultes romains.— Elle a été introduite dans les Institutes de Justinien d'après Ulpien.

On doit la réduire à deux termes : 1o le droit des gens, qui se confond avec le droit naturel ; 2o le droit civil. Les Institutes constatent elles-mêmes cette fusion du droit naturel et du droit des gens. (Liv. I, titre 1, § 2... *Jure naturalis, quod appellatur jus gentium.*)

Il n'est pas rationnel, en effet, de comprendre dans le droit les règles en quelque sorte instinctives et physiques qui sont citées dans le titre II des Institutes de Justinien comme constituant le droit naturel.—Ce sont des actes inconscients, pour lesquels leurs auteurs ne sauraient encourir de responsabilité, qui ne tombent sous aucune sanction pénale, et qui, dès lors, ne doivent pas être embrassées par la définition du droit.

Voyez : Ducaurroy, t. 1, p. 12 ; Ortolan, t. 2, n. 29 ; Demangeat, t. I, p. 15 ; Accarias, p. 13.

reconnu chez tous les peuples, mais à être applicable dans un Etat aux étrangers comme aux nationaux (1).

D. Les commentateurs n'ont-ils pas divisé le droit des gens en deux parties ?

R. Oui ; ils ont divisé le droit des gens en droit des gens *primaire* et droit des gens *secondaire*. — Parmi les principes que la raison humaine a fait universellement admettre, il y en a qui, dérivant uniquement de la constitution de l'homme, lui ont été révélés avant même et indépendamment de son établissement en société. C'est ainsi que, même avant la formation des grandes sociétés, lorsque les hommes n'avaient encore que quelques relations de famille, ils avaient en eux-mêmes le sentiment du droit de légitime défense, ils savaient qu'ils devaient adorer Dieu et aimer leurs père et mère. Ce sont ces principes primordiaux qui, suivant les commentateurs, forment le droit des gens *primaire*, par opposition au droit des gens *secondaire*, qui se compose des principes qui, nés des besoins de la vie sociale, n'ont été admis par la raison universelle que postérieurement, à mesure que les sociétés se sont formées, et comme conséquence de l'état social (*Usu exigente et humanis necessitatibus*, § 2.) C'est à cette seconde partie du droit des gens qu'appartiennent la distinction des propriétés, la vente, le louage et tous les contrats, ou presque tous (*omnes pene*), car il y en a quelques-uns, comme la *stipulation* (voyez le titre des *obligations verbales*, t. XV, l. III) qui viennent du droit civil.

D. Le droit des gens secondaire ne s'est-il pas quelquefois écarté du droit primaire ?

R. Oui. Les nécessités de la vie sociale ont fait quelquefois admettre, comme principe du droit des gens, des institutions qui s'éloignent des sentiments, des règles du droit primaire. C'est ainsi que du temps des jurisconsultes romains, on considérait l'esclavage, né des guerres que les peuples se sont faites entre eux, comme une institution du droit des gens secondaire, quoique ces jurisconsultes avouassent que l'esclavage est contraire au droit naturel (*naturali juri contrarie*), c'est-à-dire à l'état primitif de l'homme, que la nature a créé libre.

Chez les modernes, on nomme droit des gens, cette partie

(1) Voy., sur l'origine du droit des gens à Rome, notre *Introd.*, p. 35.

du droit public qui règle les relations des nations entre elles (*jus inter gentes*).

D. Qu'est-ce que le droit civil ?

R. Le droit civil (*droit des citoyens*) est celui qu'un peuple s'est donné pour lui-même (*sibi constituit*, § 1), et qui est exclusivement applicable aux membres de la cité. — Chez tous les peuples civilisés, en effet, il y a une partie du droit privé dont jouissent même les étrangers, mais il y en a une autre qui n'est établie que pour les nationaux. C'est cette seconde partie qui forme le droit civil. Ainsi, il y a le droit civil des Athéniens, celui des Gaulois, celui des Romains. Quand on parle du droit civil en général, c'est du droit civil des Romains qu'il s'agit (§ 2).

D. Comment se divise le droit civil romain ?

R. Il se divise en droit *écrit* et en droit *non écrit*. — Le droit écrit est celui qui a été promulgué, c'est-à-dire qui résulte d'une déclaration expresse de la volonté législative. Le droit non écrit est celui qui s'est introduit par l'usage et le consentement tacite du législateur (1).

D. Le droit non écrit constituait-il une partie importante du droit civil romain ?

R. Oui. D'un côté la loi des Douze Tables n'avait certainement pas aboli tous les usages antérieurs ; elle en avait conservé un grand nombre auxquels elle se référait, comme à un complément nécessaire. D'un autre côté, à mesure que la civilisation romaine se modifia et se développa, la loi des Douze Tables dut devenir insuffisante, et quelquefois gênante pour les mœurs nouvelles ; des usages inconnus d'abord s'introduisirent ; des doctrines et des pratiques

(1) Les auteurs des Institutes commettent une double erreur, dans le § 10, lorsqu'ils veulent justifier la distinction du droit écrit ou non écrit, en disant que le droit romain paraît tirer son origine des institutions d'Athènes et de Lacédémone : d'Athènes, où l'on obéissait principalement à des lois écrites ; de Lacédémone, où l'on était dans l'usage de confier à la mémoire la règle qui devait tenir lieu de loi. D'une part, en effet, quand bien même le droit des douze Tables aurait été puisé dans une jurisprudence non écrite, il serait nécessairement devenu droit écrit à Rome, par cela seul qu'il y aurait obtenu force de loi par la promulgation. D'autre part, ce n'est pas à la circonstance matérielle de l'écriture qu'il faut s'attacher, puisque les lois promulguées par Lycurgue formaient, à Lacédémone, un droit écrit, encore bien qu'elles n'eussent été confiées qu'à la mémoire.

inventées par les jurisconsultes s'accréditèrent et reçurent de l'opinion générale une autorité égale, et quelquefois supérieure à celle de la loi écrite. Le droit non écrit devint donc un élément important du droit romain : et les mots : *jus receptum*, *moribus introductum*, *sententiæ receptæ*, qu'on rencontre fréquemment dans les ouvrages des jurisconsultes, attestent l'influence considérable que les coutumes exercèrent, à Rome, sur le développement du droit.

D. Quelles sont les sources du droit écrit ?

R. Il y en a six : les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, les ordonnances des princes, les édits des magistrats et les réponses des prudents (1).

D. Qu'est-ce que c'était qu'une loi ?

R. Une loi proprement dite était une résolution que le peuple romain tout entier *(populus)*, c'est-à-dire la réunion des patriciens et des plébéiens, avait adoptée dans les comices, sur la proposition d'un magistrat appartenant à l'ordre des sénateurs, comme un consul, un préteur ou un dictateur. (*Lex est quod* POPULUS ROMANUS (2), *Senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat*, § 4).

D. Qu'était-ce qu'un plébiscite ?

R. C'était une résolution prise par les plébéiens seulement *(plebs)*, dans les comices par tribus, sur la proposition d'un tribun, c'est-à-dire d'un magistrat plébéien *(plebeio magistratu interrogante)* (3).

D. Les plébiscites eurent-ils toujours force de loi ?

(1) Ces six sources se rapportent à des modes de législation qui ont été successivement en usage. Justinien parle des lois, des plébiscites, des édits des préteurs et des réponses des prudents au passé (*populus constituebat, plebs constituebat*, § 4, *magistratus dederunt, proponebant*, § 7, *permissum erat*, § 8) ; il parle au présent des sénatus-consultes, parce que l'autorité du sénat n'était pas expressément abolie et subsistait en théorie, quoiqu'il n'y eût plus en réalité depuis longtemps d'autre pouvoir législatif que le pouvoir impérial. Voy. *Introd.*, p. 46 et 65.

(2) Quelques commentateurs, par analogie du mot *plébiscite*, désignent la loi sous le nom de *populiscite*, nom qui toutefois ne se trouve pas dans les textes.

3) On ne connaît pas d'autres magistrats plébéiens que les tribuns qui eussent droit de proposer des plébiscites, bien que le texte porte *veluti tribuno*.

R. Les patriciens refusèrent longtemps de se soumettre aux délibérations des plébéiens, en soutenant qu'elles ne pouvaient être obligatoires sans leur approbation *(quia sine auctoritate eorum facta essent*, Gaius, 1, 3). Leur résistance à cet égard ne fut définitivement vaincue que par la loi Hortensia (R. 565), qui donna aux plébiscites le pouvoir d'obliger par eux-mêmes tous les citoyens indistinctement *(ut plebiscita universum populum tenerent*, Gaius, *Ibid.*) (1)

D. Qu'est-ce qu'un sénatus-consulte ?

R. C'est une décision prise par le sénat (2).

D. D'où dérive le droit reconnu aux princes de rendre des ordonnances qui ont force de loi ?

R. Il dérive de la loi qui, en constituant chaque empereur dans ses pouvoirs, lui délègue la puissance publique.—Cette loi d'investiture est appelée par Justinien *loi regia* (§ 6). (V. *introd.* p. 55.)

D. Comment se nomment les ordonnances du prince ?

R. Elles se nomment *constitutions.*

D. Combien y a-t-il d'espèces de constitutions ?

R. Il y en a trois : les *rescrits*, les *décrets* et les *édits.* Les *rescrits* sont des instructions ou des réponses *(per epistolam constituit)* données par l'empereur à des questions ou à des requêtes qui lui sont adressées. Les *décrets* sont des sentences que le prince rend comme juge suprême *(cognoscens decrevit)*, sur des procès qui parviennent à son conseil, soit par évocation, soit par appel. Les *édits* sont des règlements

(1) Déjà, en 605, une loi rendue par les centuries, sur la proposition des consuls L. Valérius et M. Horatius, avait ordonné *ut quod tributim* PLEBS *jussisset* POPULUM *teneret :* en 416, une autre loi présentée par le dictateur Publilius avait statué *ut plebiscita omnes* QUIRITES *tenerent.* (*Tit.-Liv.*, liv. III, ch. V. ; liv. VIII, ch. XII.) Voy. dans l'*Introd.*, p. 38, quel sens Niebuhr donne à ces lois, et par quel progrès les plébiscites firent invasion dans le domaine législatif — La législation par plébiscites cessa d'être en usage sous les premiers empereurs. *Introd.*, p. 51.

(2) Il y avait des sénatus-consultes sous la république ; mais ils avaient plutôt pour objet l'administration de l'État que l'établissement ou la réforme du droit privé ; c'étaient plutôt des décisions pour l'exécution des lois que des lois proprement dites ; ce n'est pas de ceux-là que parle Justinien, mais des sénatus-consultes qui furent rendus après que le sénat eut reçu le pouvoir de délibérer au lieu du peuple. Voy. *Introd.*, p. 47.

que le prince établit spontanément et pour l'avenir, à la différence des rescrits, qui statuent sur des difficultés ou sur des contestations déjà nées (1).

D. Toutes les constitutions sont-elles générales ?

R. Non ; elles sont, suivant la volonté du prince, tantôt *générales*, c'est-à-dire obligatoires pour tous les citoyens ; tantôt *personnelles*, c'est-à-dire ne s'appliquant qu'aux cas ou aux personnes pour lesquelles elles ont été rendues. Les édits sont toujours des lois générales ; mais les décrets et les rescrits ne sont souvent que personnels : par exemple, lorsque l'empereur permet une légitimation ou une adoption, lorsqu'il accorde une faveur ou fait grâce à un condamné. — Les constitutions personnelles se nomment privilèges (*privata lex*).

D. Qu'était-ce que les édits des magistrats ?

R. C'était une espèce de programme ou de déclaration publiée par les magistrats à leur entrée en fonctions, et par laquelle ils annonçaient quels seraient les principes de leur administration.

D. A quels magistrats appartenait le droit de publier des édits ?

R. Ce droit appartenait aux magistrats qu'on nommait *magistratus populi romani*, pour les distinguer, soit des magistrats particuliers des cités, soit des magistrats plébéiens ; mais il était principalement exercé, à Rome, par les préteurs et les édiles curules, et dans les provinces par les gouverneurs ou présidents qui y faisaient l'office de préteurs (2).

(1) On voit que les constitutions impériales embrassaient tous les pouvoirs de la souveraineté : pouvoir législatif, interprétatif, judiciaire et exécutif. Voy. ce que nous disons sur les constitutions, *Introd.*, p. 54.

(2) Le préteur, organe de la loi, était chargé de dire le droit (*jus dicere, jurisdictio*) : il remplissait sa mission, soit par des déclarations générales contenues dans son édit (*edicere, edictum*), soit en posant dans les contestations privées la question de laquelle devait dépendre la sentence du juge désigné spécialement pour l'affaire. — Voyez ce que nous avons dit dans l'*Introd.*, p. 22, sur la distinction entre les fonctions du magistrat *qui jus dicit*, et celles du juge *qui judicat*. — C'est à cette expression, *jus dicere*, qui caractérise les fonctions du magistrat, que se rapporte le mot *addicere*, *addictio* (de *ad*, attributif, et de *dicere*), qui signifie attribuer la propriété en disant le droit ; tandis qu'on nomme *adjudicatio*, *adjudicare*, l'attribution de propriété que le juge est quelquefois autorisé à faire en rendant sa

D. Les édits des magistrats, particulièrement ceux des préteurs, n'eurent-ils pas une grande influence sur le droit romain ?

R. Oui *(non modicum obtinent juris auctoritatem*, § 7). En effet, les préteurs, chargés de l'administration de la justice, introduisirent, par leurs édits, des règles et formules nouvelles (1) qui, en régularisant et confirmant les usages généraux, en écartant ce que le droit des Douze Tables avait de trop rigoureux pour des mœurs devenues moins dures et moins exclusives que celles de l'ancienne société romaine, modifièrent progressivement le droit primitif, et le tinrent constamment au niveau de la civilisation, sans qu'on eût besoin de refondre la législation des Douze Tables, laquelle, environnée d'un pieux respect, demeura jusque dans le Bas-Empire la base théorique du droit romain.—Les innovations introduites successivement par les préteurs, se transmettant chaque année, d'édit en édit, quand elles étaient approuvées par l'opinion, finirent par former, sous le titre de droit prétorien ou *droit honoraire*, une partie très importante du droit romain, qu'on voit à chaque instant opposée, dans les textes, au droit des Douze Tables, désigné alors sous le nom de *jus civile* ou *strictum jus*.

D. D'où vient cette dénomination de droit *honoraire ?*

R. Elle vient des prérogatives d'honneurs attachées aux charges qui donnaient le droit de publier des édits, et qu'on désignait sous le nom d'*honores* (voy. *Introd.*, p. 42). Aussi la dénomination du *droit honoraire* s'applique au droit résultant, non-seulement des édits prétoriens, mais aussi des édits des édiles curules, et, en général, des édits de tous les magistrats *qui honores gerunt.*

D. Qu'est-ce que c'était que les réponses des prudents ?

sentence. Les mêmes différences se remarquent entre les expressions être *in jure*, qui signifient être devant le magistrat chargé de dire le droit, et être *in judicio*, qui signifient être devant le juge chargé de vérifier la question posée par le magistrat et de rendre la sentence en conséquence.

(1) Les préteurs créèrent des *actions* nouvelles, modifièrent les anciennes par des *exceptions* ou des *fictions*, émirent des *interdits*. C'est à l'aide de ces moyens de forme, qui seront expliqués au livre IV, titres VI, XIII et XV, qu'ils introduisirent un droit nouveau, qu'on voit partout s'élever à côté du droit civil proprement dit. Voy. *Introd.*, p. 40.

R. C'étaient les décisions et les avis des jurisconsultes à qui le prince avait permis de fixer le droit *(jura condere*, § 8). Sous la république, les opinions des jurisconsultes *(prudentes jurisprudentes)* n'ayant point de caractère public, ne pouvaient concourir qu'à former le droit non écrit. *(Pomp.*, L. II, § 4 *D. de orig. jur.)*. Auguste fut le premier qui donna à certains jurisconsultes le privilége d'interpréter le droit par voie d'autorité. Adrien précisa le degré de leur autorité, en établissant que si ces jurisconsultes étaient unanimes dans leurs sentiments, ce qu'ils décideraient obtiendrait force de loi ; que s'ils étaient d'avis différents, le juge resterait maître du choix (voy. *Introd.*, p. 56 ; voyez également ce que nous disons sur la *Loi des citations*, p. 66).

D. Le droit civil n'est-il pas changeant et variable ?

R. Oui ; il est variable au gré de la nation dont il est l'ouvrage. En cela il diffère du droit naturel (et, par ce mot, nous comprenons même le droit des gens), qui, fondé sur la nature de l'homme, laquelle de change pas, a un caractère de fixité et de permanence *(naturalia jura semper. . . . . firma atque immutabilia permanent* § 11) (1).

D. Comment peut être changé le droit civil ?

R. Il peut être changé, suivant le texte (§ 11), ou par une nouvelle loi *(alia postea lege lata)* ou par le consentement tacite du peuple, c'est-à-dire par la désuétude *(tacito consensu populi)* (2).

(1) Il ne faut pas prendre cette proposition trop à la lettre. Le droit des gens lui-même subit des variations en rapport avec l'état général de la civilisation. Ainsi l'esclavage, qui du temps des Romains était une institution du droit des gens, est, au contraire, aujourd'hui généralement exclu du droit des gens. Le christianisme, en épurant les sentiments d'équité naturelle, nous a fait regarder comme injuste ce qui autrefois était considéré comme légitime.

(2) Ce texte nous paraît se rapporter à l'ancienne constitution politique des Romains. Il faut supposer que la puissance législative appartient au peuple, pour admettre que l'usage a la force d'abolir une loi. Lors donc que le peuple romain eut perdu cette puissance, qui était passée entière aux empereurs, Constantin était fondé à dire que les coutumes ne peuvent jamais prévaloir contre la loi. *(Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est ; verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.* L. 2 C. *quæ sit longa consuetudo)*. C'est d'après un raisonnement semblable que nous regardons comme contraire à notre constitution politique la maxime que l'usage peut abroger une loi. (Voy. notre *Examen critique du Cours de M. Duranton*, t. I, p. 47).

D. Quels sont les objets du droit privé ?

R. Le droit privé a pour objet les personnes, les choses et les actions —Les *personnes*, car les droits de chacun varient suivant qu'on appartient à telle ou telle classe d'individus, suivant qu'on est libre ou esclave, citoyen ou étranger, père ou fils de famille, etc. ;—les *choses*, car les droits varient aussi suivant la nature des objets auxquels ils s'appliquent, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, etc. ;—*les actions*, qui sont les moyens légaux de faire respecter et valoir les droits.

Titre III.—*Des personnes.*

D. Qu'entend-on par personne, en droit ?

R. On entend par personne, en droit, tout être considéré comme capable d'avoir des droits ou des devoirs.—Sous ce rapport, les hommes ne sont pas seuls compris au nombre des personnes ; on y comprend aussi les êtres moraux ou de raison, qui, personnifiés par la loi, sont susceptibles d'avoir des droits et des devoirs, comme l'Etat, une cité, le fisc, une corporation, etc.—En sens inverse, tous les hommes ne sont pas, en droit romain, des personnes : les esclaves n'ont, du moins dans la rigueur du droit ancien et relativement à leurs maîtres, ni droits ni devoirs, ils font partie des choses, c'est-à-dire des objets sur lesquels les droits sont établis (1).

D. D'où dérive le mot personne, et quelle est sa signification primitive ?

R. Le mot personne dérive de *persona*, le masque dont les acteurs étaient couverts sur la scène dramatique, le personnage qu'ils représentaient. En effet, ce n'est pas à l'homme, être physique, que les droits et les devoirs sont attachés, en droit romain ; ils sont attachés à certaines qualités dont l'homme est revêtu, par exemple, à la qualité d'homme libre, à celle de citoyen, à celle de père, etc. Or, ce sont ces qualités, en vertu desquelles celui qui en est

(1) Cependant la personnalité des esclaves n'a pas été entièrement détruite. Nous verrons que les lois leur reconnaissaient certaines capacités, par exemple, celle d'être institués héritiers, celle d'obliger leur maître dans certains cas, celle de s'obliger eux-mêmes naturellement. L'esclave était d'ailleurs punissable pour ses délits, et, dans le dernier état du droit, il n'était permis aux maîtres ni de le mettre à mort, ni de lui infliger de mauvais traitements. Il était donc, sous certains rapports, considéré comme une personne.

investi joue tel ou tel rôle dans la société, qui constituent ce qu'on nomme les personnes (1).

D. Quelle est la principale division des personnes, celle qui établit le plus de différence dans la condition juridique des hommes ?

R. C'est la division en hommes libres et en esclaves.

D. Qu'est-ce que la liberté ?

R. La liberté est le droit d'exercer nos facultés naturelles dans tout ce qui n'est pas défendu par le droit (§ 1) (2).

D. Le droit *(jure)* et la faiblesse de notre constitution *(vi prohibitum)*, sont-ce là les seuls empêchements qui restreignent notre liberté naturelle ?

R. Oui ; un empêchement de fait arrête bien l'exercice du droit de liberté, mais ne détruit pas ce droit. Ainsi, un homme libre, mis en charte privée, n'en est pas moins libre de droit, quoiqu'il ne puisse de fait exercer sa liberté.

D. Sur quoi est fondée la restriction de notre liberté par les préceptes du droit ?

R. Sur la nécessité pour chacun, dans toute société, d'aliéner une partie de sa liberté, afin de n'être pas soi-même gêné par la liberté absolue des autres.

D. Qu'est-ce que l'esclavage ?

R. L'esclavage est une institution du droit des gens par

(1) Aussi le même homme cesse-t-il d'être la même personne, en changeant d'état, par exemple en devenant d'homme libre, esclave ; de citoyen, étranger, etc. Le même homme peut aussi avoir à la fois plusieurs personnes, par exemple, la personne de citoyen, celle de père, celle de tuteur, etc. M. Marcadé a très bien montré, dans ses *Eléments de droit français*, t. I, p. 122, le danger qu'il y aurait à transporter dans le droit français cette distinction entre l'homme et la personne qu'on trouve dans les théories du droit romain.

(2) Cette définition de la liberté, assez exacte en elle-même, n'est pas cependant appropriée au sens dans lequel les Institutes prennent ici le mot liberté.—Elles veulent, en effet, définir la liberté par opposition à l'esclavage ; or, l'esclave, lui aussi, peut agir dans tout ce qui ne lui est pas défendu par le droit, restriction bien grande, il est vrai, puisqu'il est placé sous la domination absolue d'un maître, mais qui lui laisse néanmoins la faculté d'agir pour tout ce que le maître autorise.

La liberté eût été mieux définie ici : l'état de celui qui n'a d'autre maître que la loi.

laquelle un homme est soumis, contre nature, à la domination d'un autre. Déchu de la liberté naturelle qui autorise l'homme à faire tout ce qui n'est pas défendu, l'esclave ne peut faire que ce qu'on lui permet.

D. Comment s'établit l'esclavage ?

R. Il s'établit par la naissance ou par un fait postérieur *(servi nascuntur aut fiunt)*.

D. Quand naît-on esclave ?

R. Lorsque l'on naît d'une femme esclave. L'enfant d'une esclave est esclave comme sa mère, et esclave du même maître, sans égard pour la condition du père (1). Cet enfant se nommait *verna* (enfant né dans la maison du maître).

D. Comment devenait-on esclave postérieurement à la naissance ?

R. On devenait esclave, d'après le droit des gens, par la captivité, c'était la principale origine de l'esclavage ; et d'après le droit civil, dans certains cas où la perte de la liberté était une punition infligée par le législateur à des hommes qu'il jugeait indignes de la conserver.

D. Comment les Romains expliquaient-ils l'origine de l'esclavage d'après le droit des gens ?

R. Les Romains pensaient que le vainqueur avait droit de mort sur les prisonniers de guerre *(manu capti)* ; en leur conservant la vie *(servati)*, il n'abandonnait pas son droit, il en différait seulement l'exercice (2).— Telle était, suivant eux, l'origine du droit du maître sur l'esclave ; — elle s'accorde avec l'étymologie des mots *servi* (de *servati*), et *mancipia* (de *manu capti*) par lesquels on désignait les esclaves.

(1) C'est une règle du droit des gens, que l'enfant né hors le mariage légitime (et il n'y a pas de mariage légitime pour les esclaves) suit la condition de sa mère, et naît, par conséquent, libre ou esclave, suivant que celle-ci est elle-même libre ou esclave. Voy. titres IV et X ci-après.—Le sénatus-consulte Claudien avait introduit quelques exceptions à cette règle. Gaius, en les signalant, c. I, §§ 84 et suiv., nous apprend qu'elles ont été abrogées, à l'exception de celle d'après laquelle les enfants d'une femme libre qui vivait sciemment avec l'esclave d'autrui naissaient esclaves.

(2) Inutile de faire observer que, théoriquement parlant, ces idées sont fausses. Le droit de tuer son ennemi provient du droit de légitime défense, et ne survit pas à la nécessité de la défense.

D. Toute espèce de captivité rendait-elle esclaves ceux qui y étaient soumis ?

R. Non. La captivité ne rendait esclaves que ceux qui étaient saisis dans une guerre de nation à nation ; ceux qui étaient pris par des brigands ou des pirates étaient privés de fait, de l'exercice de la liberté, mais ne perdaient pas la liberté de droit.

D. Dans quel cas devenait-on esclave d'après le droit civil ?

R. Dans l'ancien droit romain, il y avait trois causes particulières de servitude qui n'existent plus dans le dernier état du droit, et dont les Institutes ne font pas mention.

Ainsi, d'après la loi des Douze Tables, l'*addictio* produisait la servitude pour le débiteur insolvable. — Il y avait *addictio* lorsque, par suite d'une procédure particulière appelée *manus injectio*, le débiteur qui ne s'était pas exécuté dans un délai de trente jours après le jugement qui l'avait condamné, était, si personne ne le cautionnait, livré (*addictus*) au créancier et réduit en esclavage (voy. *Introd.* p. 32). L'effet de l'addiction fut modifié moins de deux siècles après la promulgation de la loi décemvirale. L'*addictus* cessa de tomber en esclavage véritable : ce ne fut plus qu'un travailleur forcé de donner sa peine au créancier jusqu'à ce que sa dette fût amortie (voy. ci-après liv. III, tit. XII) (1).

Le vol *manifeste* (2) était aussi, d'après la loi des Douze Tables, une cause de servitude. Mais les préteurs ayant donné une autre garantie à celui qui aurait été victime d'un vol de ce genre, cette cause de servitude disparut pareillement (*Gaius*, III. § 189).

Une troisième cause de servitude, qui subsistait plus récemment, résultait de ce que, dans la vue de se sous-

(1) Il est vraisemblable que ce fut la loi Petilia Papiria qui modifia l'état de l'*addictus*, en le rapprochant de celui du *nexus*. — On appelait *nexus* l'individu qui s'était donné, lui et les siens, en gage d'une dette. Cet engagement personnel, contracté sous la forme d'une vente (voy. *Introd.*, p. 30), était probablement dans le principe une vente réelle, et constituait alors le *nexus* en état de servitude. Mais, d'après la loi des Douze Tables, le *nexum* avait perdu ce caractère. Tout en plaçant le débiteur sous la dépendance du créancier envers qui il s'était engagé, et en l'obligeant à servir celui-ci jusqu'à l'acquit de la dette, il ne lui faisait pas perdre la liberté et ne produisait pas de changement d'état.

(2) Dont nous donnerons la définition, liv. IV, tit. Ier.

traire aux charges publiques, et particulièrement aux charges du service militaire, on avait omis de se faire inscrire sur les tables du cens *(Introd.* p. 19). Elle dut être abolie à l'époque où le pouvoir censorial fut lui-même aboli, c'est-à-dire dans les premiers siècles de l'Empire.

Au temps de Justinien, il y avait encore quatre causes particulières de servitude créées par le droit civil :

1o Le commerce illicite d'une femme libre avec un esclave. Une disposition du sénatus-consulte Claudien soumettait à l'esclavage la femme qui avait entretenu ce commerce malgré le maître de l'esclave. Justinien abrogea cette disposition (L. *unic.*, C. *De sc. Claud. toll.* voy. ci-après, liv. III, tit. XII).

2o La condamnation à certaines peines. La condamnation au dernier supplice entraînait immédiatement la perte de la liberté ; en sorte que le condamné, jusqu'au moment de l'exécution, qui était quelquefois différée assez longtemps, comme lorsqu'il était réservé pour les bêtes du cirque, était privé non seulement du bénéfice du droit civil, mais aussi du droit des gens (L. 25, D. *de pœnis).* La condamnation aux travaux des mines *(in metallum dati)* rendait aussi le condamné esclave de la peine *(servi pœnæ*, tit, XXII, § 2), du moins lorsqu'elle était perpétuelle ; mais Justinien a dérogé par une novelle *(Nov.* 22, C. 8) à l'effet de cette condamnation, en décidant que le condamné resterait libre, malgré la peine qu'il subit.

3o L'ingratitude d'un affranchi envers son patron (L. 2, *C. de libert. et lib. eor.).*

4o La fraude de l'homme qui se faisait vendre pour partager le prix de la vente.

Ces deux dernières causes de servitude ont été maintenues par Justinien.

D. Donnez-nous quelques explications sur la dernière de ces causes de servitude ?

R. La liberté est inaliénable : on ne pouvait pas valablement se vendre (1), mais on se faisait un moyen de fraude

(1) Ce principe n'était probablement pas vrai dans l'ancien droit romain. C'est l'opinion de Niebuhr, qui pense que le *nexum* n'était dans l'origine que la vente réelle qu'un individu faisait de sa personne. Dans tous les cas, il est certain que le père avait le droit de vendre ses enfants, et, dans le principe, cette vente donnait à l'acquéreur des droits qui différaient bien peu de ceux d'un maître sur un esclave, si toutefois ils en différaient.

de ce principe. Un homme libre s'entendait avec un autre, qui le vendait comme esclave à une personne de bonne foi, moyennant un prix que le vendeur touchait de l'acheteur, et qu'il partageait avec son complice. Le prétendu esclave réclamait ensuite sa liberté, à laquelle la vente nulle ne pouvait porter aucun préjudice ; en sorte que l'acheteur perdait et l'argent qu'il avait donné et l'esclave qu'il avait cru acquérir. Une loi qu'on suppose être le Sc. Claudien (L. 5, D. *ad sc. Claud.*), remédia à cet abus, en déclarant que celui qui aurait commis un semblable vol resterait esclave s'il était âgé de plus de vingt ans, s'il avait agi sciemment, c'est-à-dire connaissant sa condition d'homme libre, et s'il avait réellement reçu une partie du prix donné par l'acheteur de bonne foi.

D. Y a-t-il quelque différence légale dans la condition des esclaves ?

R. Non. Les droits du maître sont également absolus sur tous (1), quoique les uns puissent, selon sa volonté, jouir d'un meilleur sort que les autres.—Certains esclaves *(servi ordinarii)* peuvent exercer sur d'autres esclaves *(servi vicarii)* une sorte d'autorité ; on voit souvent un esclave intendant commander à des esclaves inférieurs. Mais ce sont là des différences de fait qu'il dépendait de la seule volonté du maître de faire disparaître, et qui, par conséquent, ne constituaient pas des différences légales.

D. N'y a-t-il non plus aucune différence dans la condition légale des hommes libres ?

R. Le droit civil met, au contraire, de nombreuses différences entre les hommes libres *(multa differentia*, § 5), et notamment il distingue les citoyens *(cives)* des étrangers *(peregrini)*, et les *ingénus* des *affranchis*.

D. Comment s'acquérait la qualité de citoyen (2) ?

R. Elle s'acquérait : 1o par la naissance. L'enfant né du mariage légitime *(justæ nuptiæ*, tit. x ci-après) suivait la condition que son père avait à l'époque de la *conception :* il était, par conséquent, citoyen romain, si son père l'était lui-même à cette époque. L'enfant issu d'une union qui n'avait pas

(1) Cela n'était vrai, dans le Bas-Empire, que des esclaves proprement dits. L'institution du *colonat*, qui s'introduisit sous les empereurs chrétiens, fut une dérogation à ce principe. (Voy. *Introd.*, p. 61).

(2 Nous verrons au tit. XII, ci-après, comment elle se perdait.

le caractère des justes noces (du concubinat, voy. le tit. *des noces*), suivait la condition que sa mère avait au moment de la *naissance*, et naissait citoyen, si sa mère était Romaine à cette époque :—2o Par un acte législatif Sous les rois et sous la république, une loi spéciale ou un sénatus-consulte, sous l'empire, un rescrit de l'empereur pouvait donner le titre de citoyen, soit à un individu, soit à une famille, soit aux habitants d'une cité ;—3o par l'affranchissement régulier. L'esclave d'un citoyen devenait citoyen, quand son maître l'affranchissait en observant les formalité prescrites (tit. v, ci-après) ;—4o En remplissant certaines conditions prévues par les dispositions législatives (1).

D. Quelles étaient les prérogatives attachées au titre de citoyen ?

R. Elles consistaient, au point de vue du droit privé (2), en deux capacités légales, le *connubium* et le *commercium*, qui embrassaient toutes les opérations de la vie civile.—Le *connubium*, en effet, c'était la capacité de contracter un mariage civil et d'acquérir les droits qui en dérivaient, savoir la puissance paternelle (tit. IX, ci-après) et la parenté civile qui seule donnait originairement le droit de succéder à une personne décédée sans testament (liv. III, tit. I).—Le *commercium*, c'était la faculté d'acquérir la propriété reconnue par la loi civile et d'en disposer conformément à cette loi (voy. liv. II, tit. I).

D. Les étrangers *(peregrini)* n'ont-ils donc, ni le droit de se marier, ni celui d'être propriétaires ?

R. Dans le principe, quand Rome n'avait avec les peuples voisins que des rapports d'hostilité, la loi ne reconnaissait aucun droit aux étrangers (3). Alors, les mots étranger et ennemi étaient synonymes *(hospes, hostis.* Cicéron, *de Off.* I, 12). Mais, à mesure que les conquêtes s'étendirent et que les mœurs s'adoucirent, quand Rome eut des villes alliées et

(1) Ainsi, les magistrats des villes latines acquéraient le droit de cité par le seul fait de leur magistrature. Ainsi encore, les Latins pouvaient devenir citoyens en remplissant diverses conditions qui sont énumérées par Ulpien, III ; par exemple, en servant pendant un certain temps dans les gardes de Rome (*militia*), ou en armant un navire pour le transport du blé à Rome (*nave*), etc.

(2) C'est-à-dire, indépendamment des droits politiques (*jus suffragii et honorum*) qui, de fait, n'appartenaient pas à tous les citoyens.

(4) A moins qu'ils ne se missent sous le patronage d'un citoyen. C'est là, vraisemblablement, l'origine de la *clientèle*.

soumises, le droit des gens se forma et vint placer, à côté des institutions du droit civil, les institutions à l'usage des personne libres qui ne jouissent pas du droit de cité. Le mariage de celles-ci n'a pas les effets attachés au mariage du citoyen ; la propriété pour elles (1) n'a pas le caractère et les garanties de la propriété romaine. Mais elles ne sont pas dépourvues de protection. Il arrivera même que les institutions du droit des gens, réglées et développées par les édits des préteurs et par les constitutions des empereurs, plus en harmonie avec les mœurs nouvelles, prendront le dessus sur les institutions du droit civil, qui tomberont en désuétude et finiront par s'absorber dans les premières (2).

D. La condition des étrangers était-elle la même ?

R. Avant que Caracalla et Justinien eussent accordé le titre de citoyen, le premier, à tous les sujets de l'empire (voy. *Introd.* p. 50), et le second, à tous les esclaves affranchis par les citoyens (voy. ci-après le titre V *des affranchis*), la condition des personnes qui ne jouissaient pas du droit de cité, offrait beaucoup de variétés (3). Rome n'avait pas fait les mêmes concessions aux habitants de toutes les villes alliées ou soumises.—Au commencement de l'Empire, on distinguait parmi les personnes qui n'avaient pas le titre de citoyen, les Latins (*Latini*), les simples étrangers (*peregrini* ou *peregrini socii*) et les déditices (*dedititii, peregrini dedititii*). La condition de ceux-ci était la moins favorisée.

D. Qu'est ce qu'on entendait par les Latins ? En quoi consistait le *Jus Latii* (4) ?

(1) Qu'on appelle simplement *possessio* pour la distinguer du *dominium ex jure Quiritium* (voy. liv. II, tit. I).

(2) Tout cela sera mieux expliqué dans le cours de l'ouvrage. Voy. p. 36.

(3) Depuis que le titre de citoyen avait été donné à tous les provinciaux, il n'y avait plus d'autres étrangers que les Barbares. On appelait ainsi les peuples qui ne faisaient point partie de l'Empire romain, et avec lesquels on n'avait ordinairement que des relations hostiles. Cependant, si un barbare se trouvait sur le sol romain, il jouissait des droit du *jus gentium*. Les constitutions des empereurs ont quelques dispositions qui le concernent. Sa succession est dévolue au fisc impérial (L. 12 *D. captivis*).

(4) Quoique le *jus Latii* n'existe plus, du temps de Justinien, il a laissé tant de traces dans les livres de droit, et même dans les Institutes (voy. p. 116), qu'il nous a paru nécessaire d'en donner ici quelques notions.

R. Avant que les lois *Julia* et *Plautia* eussent, après la guerre sociale, accordé le droit de cité à tous les habitants du Latium (voy. *Int.*, p. 37), ceux-ci jouissaient sous le nom de *Jus Latii*, *jus latinitatis*, d'un état intermédiaire entre les citoyens et les simples *peregrini*. Cet état, indépendamment de la faculté d'acquérir plus facilement le titre de citoyen, leur donnait le *commercium*, mais non le *connubium* (1).— Restreint d'abord à l'Italie, le *jus Latii* fut accordé plus tard, dans les provinces, à des villes et à des pays entiers que l'on voulut favoriser sans leur donner le droit de cité complet. Ce qui fit que le *jus Latii* exista longtemps encore après que tous les peuples de l'Italie eurent reçu le *jus civile*.

Titre IV.—*Des ingénus.*

D. Qu'est-ce qu'un ingénu ?

R. C'est celui qui est né libre et qui n'a jamais cessé de l'être.

D. Quand naît-on libre ?

R. On naît libre : 1o quand on est issu d'un mariage légitime *(matrimonio editus)*, soit qu'il ait été contracté entre deux ingénus ou deux affranchis, ou entre un ingénu et un affranchi, parce qu'alors l'enfant suit la condition que son père avait à l'époque de la conception ; or, à cette époque, le père était nécessairement libre, car il n'y a d'union civile

(1) M. de Savigny pense que le *jus Latii*, qui donnait ainsi une participation incomplète aux droits civils, avait été accordé aux colonies latines qui, pendant la guerre d'Annibal, étaient restées fidèles à Rome, pour les récompenser de leur fidélité.—Indépendamment du *jus Latii* ou *latinitatis*, quelques textes parlent d'un droit particulier appelé *jus italicum*. Autrefois on croyait généralement que le *jus italicum* était un droit *personnel*, formant un degré intermédiaire entre la latinité et la pérégrinité. Mais M. de Savigny, se fondant sur les textes de Gaius et d'Ulpien, qui énumèrent trois classes de personnes libres : les *cives*, les *latini* et les *peregrini*, sans jamais parler des *Italici*, a démontré que le *jus italicum* était un droit accordé à un *territoire* et qui donnait, avec une organisation municipale particulière, le privilège pour le sol d'être susceptible de la propriété romaine et d'être exempt, par conséquent, de la redevance que les détenteurs des terres provinciales payaient au Trésor (voy. p. 49). Le *jus italicum*, qui constituait d'abord le droit particulier de l'Italie, fut accordé, sous les empereurs, à des villes situées hors de l'Italie (v. p. 37).

qu'entre personnes libres ;—2o quand on est né, hors mariage légitime, d'une mère libre, ou même d'une mère esclave, pourvu qu'elle ait joui de la liberté, soit au moment de la conception, soit à une époque quelconque de la grossesse.

D. Dans ce second cas, a t-on égard à la condition du père ?

R Non. Le principe qui détermine la condition de l'enfant par celle du père est l'effet spécial d'un mariage contracté civilement ; dans tout autre cas, la condition de l'enfant est déterminée, suivant le droit des gens, par celle de la mère. En conséquence, il importe peu ici que le père soit libre ou esclave ; et alors même que la paternité serait certaine, l'enfant n'en suivrait pas moins la condition de sa mère, comme celui qui serait *vulgo conceptus*, et qui, en raison de cela, n'aurait pas de père connu (1).

D. Un homme né libre, qui a été par erreur considéré comme esclave et affranchi par son prétendu maître, reste-t-il ingénu ou est-il affranchi ?

R. Il reste ingénu ; c'est de sa naissance et non de l'affranchissement qu'il tient sa liberté, puisqu'il n'a pas cessé d'être libre, quoique de fait il ait été traité comme esclave (*in servitute fuisse*,) Mais celui qui, étant né libre, serait devenu véritablement esclave, ne pourrait pas, par

(1) En principe, c'est la condition que la mère avait *au moment de la naissance* qu'il faut considérer ; de sorte que l'enfant n'en serait pas moins libre, quoique la mère eût été esclave au moment de la conception (*licet ancilla conceperit*), si elle était libre lors de l'accouchement. Réciproquement, si la mère, libre au moment de la conception ou pendant la grossesse, accouchait étant esclave, l'enfant devrait naître esclave ; mais, par humanité, par faveur pour la liberté, le principe reçut ici une exception, et l'on décida que l'enfant naîtrait libre. Plusieurs interprètes enseignent qu'on l'a décidé ainsi en appliquant une fiction de droit d'après laquelle l'enfant conçu est réputé déjà né lorsqu'il s'agit de son intérêt (*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, L. 7 et 26, ff. *De statu hom.*). M. Ducaurroy, n. 66 et suiv., pense que cette fiction, inutile pour expliquer une modification suffisamment motivée par la faveur de la liberté (*Paul*, 2, *sent.*, §§ 2 et 3), ne s'appliquait point en ces matières. En effet, d'une part, le texte n'en parle point ici ; de l'autre, cette fiction devrait s'appliquer, non-seulement à la question de savoir si l'enfant naîtra libre ou esclave, mais encore à celle de savoir s'il naîtra citoyen ou étranger ; et cependant, sur ce dernier point, on examine uniquement l'époque de la naissance (L. 18, ff. *eod.* ; *Gaius*, I, 90). V. p. 105.

affranchissement, recouvrer l'ingénuité (L. 21, ff. *de statu hom.*) (1).

Titre V.—*Des affranchis* (2).

D. Qu'est-ce qu'un affranchi ?

R. On appelle affranchi celui qui est libéré légalement d'un véritable esclavage (3).

D. Comment peut-on être légalement libéré de l'esclavage ?

R. On peut être libéré de l'esclavage : — *par affranchissement* ou manumission (4), lorsque le maître ayant la capacité légale, donne la liberté à son esclave (*datio libertatis*) suivant l'un des modes reconnus par la loi ;—*sans affranchissement*, dans quelques cas prévus par les constitutions impériales et qui sont énumérés au Digeste, titre spécial *De his qui sine manumissione ad libertatem pervenerunt* (5).

D. Quels sont les modes légaux d'affranchissement ?

R. Dans le dernier état du droit, les modes d'affranchissement sont fort nombreux. Le texte des Institutes dit

(1) Cette dernière règle a reçu exception sous l'Empire. L'empereur pouvait accorder à l'esclave de la peine la *restitutio natalium* qui lui rendait la qualité d'ingénu, malgre son esclavage temporaire. (Voy. L. 2. C. *De nat. rest.*, tit. XI, liv. XLIX.)

(2) Dans le langage exact, l'affranchi s'appelle *libertinus*, quand on l'oppose à l'ingénu, et *libertus* quand on le considère dans ses rapports avec son patron.

(3) Le texte dit *libérés par manumission (manumissi)* ; mais nous verrons que, dans quelques cas, les esclaves peuvent obtenir la liberté sans manumission. La définition que nous avons donnée, ou celle qui se trouve à la fin du §, et d'après laquelle les affranchis sont ceux *qui desierunt esse servi*, est donc plus exacte.

(4) L'affranchissement se nommait manumission, de *de manu, missio*, mise hors de la main, c'est-à-dire hors de la puissance.

(5) Par exemple, un édit de Claude déclare libre et sans patron l'esclave que son maître a abandonné à cause de quelque maladie ou infirmité (L. 2, D. *De his qui sine man.*). Un rescrit de Marc-Aurèle porte que, lorsqu'un esclave a été vendu sous la condition que l'acheteur l'affranchirait dans un certain délai, l'esclave devient libre à l'échéance de ce délai, quand même l'acheteur n'aurait pas opéré l'affranchissement, pourvu cependant, si le vendeur est encore vivant, qu'il n'ait pas manifesté une volonté contraire à celle qu'il avait exprimée lors de la vente (L. 3, *cod. tit.*)

(§ 1) que l'affranchissement s'opère : — 1o dans les églises (*in sacrosanctis ecclesiis*), en présence du peuple et avec l'assistance des évêques, qui signent l'acte d'affranchissement. Ce mode, introduit par Constantin, a remplacé la manumission par le cens (*censu*), qui avait lieu anciennement lorsque, de l'aveu de son maître, l'esclave se faisait porter comme citoyen romain sur les tables du cens, que les censeurs dressaient tous les cinq ans (voy. *Introd.*, p. 19), et dont l'usage avait cessé depuis longtemps (voy. p. 103) ; — 2e par la vindicte (*vindicta*), devant le magistrat, avec des paroles et des formes solennelles ; — 3o entre amis, ou 4o par lettre, c'est-à-dire par une déclaration faite verbalement (*inter amicos*), ou par écrit (*per epistolam*). Justinien fixa à cinq le nombre des témoins qui devaient signer la déclaration écrite ou l'acte attestant la déclaration verbale (L. *un.*, C., *de lat. libert. toll.* VII, 5) ; — 5o par testament (*testamento*) ou par un autre acte de dernière volonté, c'est-à-dire par codicille (1) ; — 6o et enfin par plusieurs modes introduits par les constitutions, tant de Justinien que de ses prédécesseurs (on peut en voir l'énumération dans la loi précédemment citée) : par exemple, lorsque le maître donne, dans un acte public, le nom de fils à son esclave, ou lorsqu'il a, en présence de cinq témoins, remis à l'esclave ou déchiré les titres constatant sa servitude.

D. D'où vient le mot *vindicta*. et quelles étaient les formalités qui constituaient ce mode d'affranchissement ?

R. L'affranchissement par la vindicte, dont l'origine remonte aux anciennes *actions de la loi* (voy. *Introd.*, page 31), consistait dans un procès fictif en revendication de la liberté. — Quand un homme libre était injustement retenu en esclavage, tout citoyen pouvait se porter son champion et inten-

(1) Un testateur pouvait donner la liberté à son esclave directement (*liber esto, liber sit, liberum esse jubeo*) ; il pouvait aussi la donner par fidéicommis, en chargeant son héritier d'affranchir l'esclave (*rogo, fidei committo heredis mei ut Stichum servum manumittat*). Dans le premier cas, l'affranchi, tenant directement la liberté du testateur, n'avait pour patron que le testateur lui-même ; aussi, l'appelait-on l'affranchi d'un mort, *libertus orcinus*. Dans le second cas, l'esclave devenait d'abord la propriété de l'héritier, qui, en l'affranchissant plus tard par le cens ou par la vindicte, acquérait sur lui les droits du patronage (*Ulp.* II, § 7 et suiv.).—On pouvait aussi léguer la liberté à l'esclave sous condition ; il était néanmoins, sous le nom de *statu liber*, l'objet de quelques règles particulières. (*Ulp.*, *ibid*).

ter un procès à celui qui s'en prétendait maître. C'était ce qu'on appelait l'*assertio in libertatem*. On se servit de ce moyen pour arriver à l'affranchissement d'un véritable esclave. Un ami, ou, à défaut d'ami, un licteur, se rendait *assertor libertatis*, et soutenait devant le magistrat que l'esclave était libre ; le maître, jouant le rôle de défendeur, ne contredisait point cette assertion, et le magistrat, donnant gain de cause au demandeur, proclamait l'esclave en liberté *(Aio te liberum more Quiritium)*. Tout cela se faisait avec des gestes et des paroles consacrées, et en employant une baguette *(vindicta, festuca)* dont le demandeur était armé, et qui, lance symbolique, était le signe glorieux de la propriété ; car dans les idées des Romains la propriété avait pour première origine la conquête. C'est ce qui a fait donner le nom de *vindicte* à ce genre d'affranchissement (1)

D. Distinguait-t-on plusieurs classes d'affranchis ?

R. Avant Justinien, les affranchis se divisaient en trois classes : ils étaient ou *citoyens Romains* ou *Latins juniens*, ou *déditices*.

D. Expliquez comment ces distinctions s'étaient introduites ?

R. Dans les premiers siècles de Rome, la liberté était une et indivisible, et tous les affranchis devenaient citoyens romains. Mais on ne reconnaissait pour légalement affranchis que ceux qui l'avaient été dans les conditions suivantes : Il fallait que le maître eût sur l'esclave qu'il voulait affranchir le domaine *quiritaire* ou de droit civil (*Dominus ex jure Quiritium*) (2) ; 2o qu'il eût employé l'un des trois modes d'affranchissement qui étaient seuls alors reconnus par le

(1) Ce genre de procès simulé est tout à fait dans le génie de l'ancienne procédure romaine. Nous verrons que l'adoption et la transmission de propriété s'opéraient par une *cessio in jure*, qui n'était aussi qu'un procès fictif. Voy. d'ailleurs *Introd.*, p. 31.

(2) Pour comprendre ceci, il faut savoir, ce que nous aurons occasion d'expliquer avec plus de développement au livre II, titre 1er, qu'il y avait à Rome deux espèces de propriétés : la première était la propriété romaine par excellence, la proprité acquise par un Romain, dans les conditions et les formes déterminées par le droit civil (*dominium ex jure Quiritium*) ; la seconde, introduite par le droit prétorien, était une simple possession, mais qui, protégée par les préteurs, avait une grande partie des avantages de la propriété civile ; c'était la propriété du droit des gens. On la désignait par la périphrase *in bonis habere, in bonis esse ;* les commentateurs l'ont

droit civil, le cens, la vindicte, ou le testament (1).— Si l'affranchissement manquait d'une de ces conditions, si, par exemple, il était fait par un maître qui, sans avoir la propriété civile ou quiritaire, avait seulement l'esclave *in bonis*, ou s'il était fait sans solennité, *inter amicos* ou *per epistolam* (suivant un usage qui devint très fréquent), l'affranchissement était nul d'après le droit civil, et n'était point, par conséquent, un obstacle à ce que le maître revendiquât plus tard l'esclave et le ramenât en servitude. Mais le préteur, interprète de l'équité et des mœurs qui favorisaient de plus en plus les affranchissements, maintenait en liberté *(in libertate)* l'esclave que son maître avait voulu affranchir (2). Cette liberté de fait était toutefois fort imparfaite : l'esclave était seulement dispensé du service, mais tous les autres effets de la servitude continuaient ; ainsi, tout ce qu'il acquérait appartenait à son maître qui s'en emparait, après sa mort, par droit de propriété *(Frag. veter. jurisc.*, § 6).

Tel était l'état du droit à la fin de la république. A cette époque les affranchissements s'était multipliés d'une manière abusive, et une foule d'hommes vils et corrompus obtenaient, par ce moyen, la qualité de citoyen. On porta différentes lois pour remédier à ce mal, entre autres, la loi *Ælia Sentia* (voy. *Introd.*, p. 51). Cette loi (rendue en 557, sous Auguste)

appelée du nom barbare de domaine *bonitaire*, par opposition au domaine *quiritaire*.—L'affranchissement conféré par celui qui aurait eu simplement l'esclave *in bonis*, était donc sans effet d'après le droit civil ; l'esclave restait esclave malgré la manumission. Mais nous allons voir que, grâce à la protection prétorienne, il jouissait d'une liberté de fait, qui fut plus tard régularisée par la loi *Julia Norbana*.

(1) Ces trois modes primitifs sont appelés par les auteurs *modes solennels*, et l'on nomme *modes non solennels* ceux qui, n'étant reconnus d'abord que par le droit prétorien, et n'ayant procuré longtemps que la liberté imparfaite ou viagère des *Latins juniens*, n'ont été que plus tard, et seulement par Justinien, adoptés par la législation proprement dite.—Les exigences du droit civil, par rapport à la solennité de l'affranchissement, étaient fondées sur ce que la cité, étant intéressée dans l'affranchissement qui devait introduire dans son sein un nouveau citoyen, il convenait qu'elle fût représentée dans l'acte d'affranchissement. Or, elle l'était par le censeur dans l'affranchissement par le cens, par le préteur dans la vindicte, enfin par le peuple lui-même, dans le testament qui se faisait *calatis comitiis*, en forme de loi.

(2) C'est en ajoutant une *exception* à la formule de l'action en revendication, que le préteur obtenait ce résultat.

ajouta plusieurs conditions nouvelles (nous les ferons connaître au titre suivant) à celles qui étaient exigées par l'ancien droit sur la validité des affranchissements, entre autres, la condition que l'esclave eût trente ans, à moins qu'on ne l'affranchît par la vindicte, après avoir fait approuver les causes de l'affranchissement par un conseil spécial (voy. tit. suiv.) (1).—De plus elle décida que les esclaves qui, après avoir subi quelque supplice infamant, comme les stigmates, viendraient à être affranchis, n'acquerraient, en aucun cas, le titre de citoyen, mais seraient seulement assimilés, pour les droits, aux *déditices*. On nommait ainsi les peuples qui, ayant pris les armes contre les Romains, avaient été vaincus ou s'étaient rendus à discrétion. Ils avaient, parmi les sujets de l'Empire, la dernière condition.

Quant aux esclaves qui étaient seulement maintenus en liberté par la protection du préteur, sans être véritablement affranchis, la loi *Junia Norbana* (rendue en 772, sous Tibère) régularisa leur position, en leur accordant les droits (2) qu'avaient autrefois les habitants des anciennes colonies du Latium : de là ils furent appelés *Latins Juniens* : Latins, parce qu'ils jouissaient du droit de latinité (*jus Latii, jus latinitatis*) ; Juniens, parce que c'était à la loi *Junia* qu'ils devaient ce bienfait.

On compta dès lors trois classes d'affranchis : 1o les affranchis citoyens, dont l'affranchissement réunissait ces trois conditions : que l'esclave eût trente ans, que le maître eût le domaine quiritaire, qu'on eût employé l'un des modes solennels ; 2o les déditices, qui avaient été, pendant leur esclavage, punis pour un crime ; 3o les Latins Juniens, qui

(1) L'esclave ainsi affranchi acquérait bien la qualité de citoyen romain, mais il n'avait pas cependant la plénitude des droits inhérents à cette qualité. Il ne pouvait ni aspirer aux honneurs (*jus honorum*) ni servir dans les armées.— La *restitutio natalium* seule lui donnait ces droits en l'assimilant aux ingénus.

(2) Ou pour mieux dire, la jouissance viagère de ces droits ; car, à la mort de l'affranchi latin, ses biens appartenaient à son ancien maître, comme s'il n'avait jamais cessé d'être esclave : ce qui fait dire, dans les Institutes (L. III, tit. VII, § 4), qu'à son dernier soupir il perdait à la fois la vie et la liberté, *in ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebat*. Du reste, les Latins juniens pouvaient, sous certaines conditions, devenir ensuite citoyens, à la différence des *déditices*, à qui ce titre était refusé pour toujours (voy. sur cette matière *Gaius*, 1, § 13 et suiv. *Ulp.*, tit. III, et le fragment *De manumissionibus*. V. aussi p. 106).

n'avaient reçu aucune flétrissure, mais à l'affranchissement desquels manquait une des trois conditions dont nous venons de parler.

D. Justinien laissa-t-il subsister ces distinctions ?

R. Non. La distinction des déditices était, de son temps, tombée en désuétude : Justinien la supprima expressément. Il abrogea aussi celle des Latins Juniens. Il déclara donc (1) que tous les affranchis auraient le titre et les droits des citoyens romains, *nullo nec* ÆTATIS *manumissi*, *nec* DOMINII *manumittentis*, *nec in* MODO MANUMISSIONIS *discrimine habito*.

D. Faut-il conclure de là que, depuis Justinien, un maître peut affranchir à son gré, sans observer les formalités légales ?

R. Non. Cela veut dire simplement que les affranchissements entre amis ou par lettre, et autres affranchissements semblables qui, autrefois, n'auraient pu donner à l'affranchi que les droits de Latin Junien, lui conféreront, dorénavant, le titre de citoyen, comme les affranchissements anciennement reconnus par le droit civil. On peut choisir parmi les modes d'affranchissement fort nombreux conservés ou régularisés par Justinien, mais il faut toujours employer l'un de ces modes.

D. Justinien n'a-t-il pas, plus tard, supprimé la différence que les Institutes disent encore exister entre les affranchis et les ingénus ?

R. Oui. Par une novelle (78, c. I et II), cet empereur a effacé le peu de différence qui existait encore, de son temps, soit sous le rapport politique, soit sous le rapport civil, entre les ingénus et les affranchis, en accordant à ceux-ci le *droit des anneaux d'or* (2) et celui de *régénération*. Mais il laissa subsister les droits de patronage.

D. En quoi consistent les droits de patronage ?

R. Ils consistent : 1o en devoirs respectueux *(obsequia)*. L'affranchi recevant de son patron une nouvelle vie, la vie civile, devait à celui-ci les égards et le respect qu'un fils doit à son père : il ne pouvait le traduire en justice sans en avoir

(1) Par deux des *Cinquante décisions*. Voy. *Introd.*, p. 72.

(2) Le droit de porter des anneaux, primitivement réservé aux sénateurs, aux patriciens et aux chevaliers, était devenu commun à tous les ingénus.

obtenu la permission du magistrat, ni intenter contre lui une action infamante. Il lui devait des aliments s'il tombait dans l'indigence, etc. 2o En droits de succession *(jura in bonis)* que le patron ou sa famille a sur les biens de l'affranchi prédécédé. (Voy. L. III, tit. VII). 3o En services (*operæ*) que l'affranchi devait à son patron, mais seulement quand il s'y était engagé lors de l'affranchissement, par stipulation ou par serment, et dans la mesure de son engagement.

TITRE VI.—*Quels sont ceux qui ne peuvent affranchir, et par quels motifs.*

D. La faculté, pour les maîtres, d'affranchir leurs esclaves est-elle illimitée ?

R. Non ; elle a été restreinte par les lois *Ælia Sentia* et *Fusia Caninia.*

D. Quelles étaient les dispositions de la loi *Ælia Sentia* ?

R. Nous avons parlé de la disposition de cette loi qui défendait d'affranchir un esclave âgé de moins de trente ans (voy. p. 113) ; deux autres chefs de la même loi empêchaient les maîtres d'affranchir, soit en fraude de leurs créanciers, soit avant l'âge de vingt ans.

D. Comment la loi *Ælia Sentia* empêcha-t-elle l'affranchissement fait en fraude des créanciers ?

R. En général, les créanciers peuvent faire révoquer les aliénations consenties par le débiteur en fraude de leurs droits ; mais il était de principe, chez les Romains, que la liberté une fois donnée ne pouvait plus être révoquée. *Libertas semel percepta nunquam revocatur* (L. III, t. II, § 5). La loi *Ælia Sentia* a dû, par conséquent, annuler l'affranchissement dès le principe ; et, en effet, elle le déclare non avenu (*nihil agit*), du moins à l'égard des créanciers, et pourvu qu'ils l'attaquent dans les dix ans (L. 16, § 3, D. *qui et a quib. man.*) ; car le débiteur ne peut pas se prévaloir de sa fraude pour faire annuler lui-même l'affranchissement (L. 5, C. *de serv. pignori dato*).

D. Quand un affranchissement est-il considéré comme fait en fraude des créanciers, et par conséquent comme nul ?

R. Le mot *fraus*, par lui-même, ne signifie rien de plus que préjudice ; et, en prenant ce mot dans ce sens, la loi

Ælia Sentia paraissait annuler l'affranchissement comme frauduleux, par cela seul que l'affranchissant était insolvable, soit avant, soit par l'effet de l'affranchissement qui diminuait d'autant son actif. Telle était l'opinion de Gaius, reproduite par Justinien. (L. 5, ff. *eod,).* Julien (L. 15, ff. *quæ in fraud.)* ajoutait à cette condition celle de l'intention de nuire aux créanciers, et voulait ainsi les deux circonstances de perte réelle pour les créanciers et d'intention de leur faire perdre *(concilium et eventus).* Cette opinion a prévalu, et c'est un principe que toutes les fois qu'il s'agit de prononcer qu'un acte est frauduleux, il faut examiner non seulement le fait, mais encore l'intention (L. 79, ff. *de reg. jur.)* (1).

D. N'y a-t-il aucune exception à la règle que l'affranchissement fait en fraude des créanciers est nul ?

R. Il n'y en a qu'une : c'est le cas où un débiteur insolvable a institué un de ses esclaves héritier, en lui donnant la liberté *(cum libertate).*—Pour entendre ceci, il faut savoir : 1o que quand un débiteur devenait insolvable et que ses créanciers vendaient en masse son patrimoine, il y avait note d'infamie pour celui qui était ainsi exproprié, et cela s'appliquait même à la mémoire des défunts, lorsqu'ils n'étaient remplacés par aucun héritier (voy. liv. III, tit. XII) ; 2o qu'un esclave institué héritier par son maître était forcé, bon gré mal gré, d'accepté l'hérédité (voy. liv II, tit. XIX). On le nommait héritier nécessaire *(hæres necessarius).* Il arrivait de là qu'un maître ayant une succession obérée, et prévoyant que personne ne voudrait l'accepter, instituait son esclave héritier, afin que si la vente des biens héréditaires avait lieu, elle fut faite sous le nom de l'esclave, devenu héritier, même malgré sa volonté ; c'était l'esclave ainsi affranchi qui était alors noté d'infamie ; on avait sauvé ce déshonneur à la mémoire du défunt *(ne injuria defuncti afficiatur).* La loi *Ælia Sentia* a autorisé, par exception, l'affranchissement fait dans de telles circonstances. Mais il faut qu'il n'y ait, en vertu du testament, aucun autre héritier ; sinon, il ne serait pas nécessaire, pour éviter l'infamie au défunt, que l'esclave héritât ; aussi le maître ne peut-il affranchir ainsi qu'un seul

(1) L'avis contraire a prévalu en droit français. Le simple préjudice suffit, indépendamment de l'intention, pour permettre aux créanciers d'attaquer l'acte fait par leurs débiteurs. Voy. art. 622, 788, 1053 et 2225, C. N.

esclave (*solus*) ; s'il en affranchissait plusieurs, ce serait le premier inscrit qui seul serait libre et héritier (*Ulp.* 1, § 14).

D. Est-il nécessaire qu'en l'instituant héritier le maître donne expressément la liberté à son esclave ?

R. La sévérité des formes paraissait l'exiger autrefois (*Ulp.* t. XXII, § 12) ; mais Justinien, considérant que la volonté d'affranchir résulte tacitement de l'institution, puisque l'institué ne peut devenir héritier sans être libre, a décidé qu'en règle générale, lorsqu'un esclave est institué par son maître, il n'est pas nécessaire qu'on lui donne expressément la liberté (*etsi sine libertate*).

D. D'après la loi *Ælia Sentia*, le maître, mineur de vingt ans, ne pouvait-il jamais affranchir ?

R. Il ne pouvait affranchir que par la vindicte, et après avoir justifié, devant un conseil (1), d'une cause légale d'affranchissement (§ 1). Il pouvait cependant affranchir par testament l'esclave dont il voulait faire son héritier nécessaire (L. 27, ff. *de manum. test.*).

D. Qu'entend-on par *mineur de vingt ans?*

R. On entend par mineur ou majeur de tel âge, celui qui est au-dessous ou au-dessus de cet âge. Ici, la prohibition d'affranchir ne s'appliquant qu'aux mineurs de vingt ans, n'atteint pas celui qui est dans le dernier jour de sa vingtième

(1) Gaius nous apprend (I, § 30) que ce conseil se composait à Rome de cinq sénateurs et de cinq chevaliers ; dans les provinces, de vingt récupérateurs (*recuperatores*), citoyens romains. C'était un véritable jury auquel le magistrat (le préteur ou le président de la province) renvoyait à décider si la cause d'affranchissement alléguée était vraie ou fausse. Ceci indique que l'affranchissement par la vindicte s'effectuait, comme nous avons dit, sous forme de procès.— Gaius nous apprend aussi que, dans les provinces, c'était le dernier jour de la session judiciaire (*ultimo die conventus*) qu'on consacrait à la vérification des causes d'affranchissement, et qu'à Rome c'était à des jours déterminés (*certis diebus*) que le préteur et le conseil s'occupaient des affranchissements dont on avait besoin de vérifier les causes. Quant aux affranchissements faits par des maîtres majeurs de vingt ans, et en faveur d'esclaves âgés de trente ans au moins, et qui, par conséquent, ne nécessitaient pas l'examen du motif qui faisait affranchir, la procédure, la vindicte, n'étant qu'une affaire de forme, pouvait se faire en tout temps ; il n'était pas même nécessaire que le magistrat fût sur son siége, on pouvait profiter de son passage (*in transitu*) ou de sa présence en un lieu quelconque, par exemple, au bain, au théâtre (*in balneum vel in theatrum*).

année ; car s'il n'a pas encore vingt ans accomplis, il n'est déjà plus au-dessous. (L. 1., ff. *de manum.).*

D. Quand y avait-il cause légale d'affranchissement ?

R. Il y avait cause légale d'affranchissement, par exemple, lorsqu'on affranchissait son père, sa mère (1), son précepteur, sa nourrice ou son frère de lait. Il y avait encore cause légale de manumission lorsqu'on affranchissait une esclave pour l'épouser, ou un esclave mâle pour en faire son procureur. Dans le premier cas, le patron devait jurer d'épouser l'affranchie dans les six mois, et l'épouser effectivement, s'il n'y avait pas d'empêchement légal, ce qui doit s'entendre d'un empêchement survenu depuis l'affranchissement, auquel un mariage impossible à exécuter ne pourrait pas servir de motif ; dans le second cas, l'esclave doit avoir dix-sept ans accomplis pour être capable de postuler, c'est-à-dire d'exposer devant le magistrat la demande ou la défense d'une partie.

D. Y avait-il encore d'autres causes légales de manumission ?

R. Oui. Justinien ne cite celles que nous venons d'énumérer que par forme d'exemple, *veluti* (voy. L. 9 *et seq.*, ff. *de manum. vind.*).

D. Lorsque le conseil avait approuvé la cause d'affranchissement, l'approbation pouvait-elle être rétractée ?

R. Non. Le conseil prononçait ici en dernier ressort, et l'on ne revenait plus sur l'approbation, lors même que le motif allégué était ensuite reconnu faux.

D. Justinien laissa-t-il subsister cette prohibition de la loi *Ælia Sentia ?*

R. La loi *Ælia Sentia* ne permettant au mineur de vingt ans d'affranchir que par la *vindicte*, il en résultait que le maître pubère, bien qu'il pût faire un testament et léguer tous ses esclaves, ne pouvait cependant, s'il était mineur de vingt ans, léguer la liberté à un seul esclave. Justinien trouva ce résultat déraisonnable. Il ne vit pas, ce que les auteurs de la loi *Ælia Sentia* n'avait pas perdu de vue, que, pour l'intérêt général, l'affranchissement d'un esclave est de

(1) Il pouvait se faire de plusieurs manières qu'on eût ses parents parmi ses esclaves : cela arrivait le plus ordinairement à l'esclave que son maître avait institué héritier.

tout autre importance que sa transmission en la puissance d'un autre ; car, peu importe à l'Etat que ce soit tel individu plutôt que tel autre qui possède les esclaves du testateur : ce qui lui importe, c'est qu'on ne confère pas légèrement les droits de liberté et de cité.

D. Que décida donc l'empereur ?

R. Il ne fit pas cesser de suite la contradiction qu'il croyait voir ; et, prenant d'abord un terme moyen, il permit d'affranchir par testament à dix-sept ans. Ce ne fut que par une novelle (*Nov.* 19, c. II) que, plus conséquent avec lui-même, il permit de le faire dès qu'on pourrait tester.—Quant aux affranchissements entre-vifs, Justinien n'y changea rien, et laissa subsister la prohibition établie par la loi *Ælia Sentia* (1).

TITRE VII.—*De l'abrogation de la* loi Fusia Caninia.

D. Quel était l'objet de la loi *Fusia Caninia ?*

R. La même cause qui déjà avait donné lieu à la loi *Ælia Sentia* fit promulguer quelque temps après (R. 761) la loi *Fusia Caninia*. Afin d'avoir à leurs funérailles une foule d'affranchis, et de laisser une réputation de bonté, un grand nombre de citoyens romains conféraient par testament la liberté à leurs esclaves et remplissaient la ville de citoyens indignes (*Cujas. Obs.*, III, 23). La loi *Fusia Caninia* réprima cette licence, en fixant le nombre des affranchissements qu'on pourrait faire par testament d'après le nombre des esclaves appartenant au testateur, de manière toutefois qu'on ne pût jamais en affranchir plus de cent. Lorsque le testateur avait dépassé le nombre déterminé, les premiers nommés, jusqu'à concurrence de ce nombre, obtenaient seuls la liberté. Si les noms des esclaves avaient été tracés en rond, comme il était impossible de distinguer les premiers et les derniers, aucun n'acquérait la liberté (*Gaius*, I, § 42 *et suiv.*).

D. Justinien maintint-il cette disposition ?

R. Non. Justinien, qui favorisait toujours les affranchis-

(1) Outre les conditions énumérées dans ce titre pour la validité de l'affranchissement, il y en avait d'autres qui provenaient de la situation spéciale de l'esclave. Ainsi, l'esclave qui appartenait indivisément à plusieurs maîtres ne pouvait être affranchi que par le concours de tous ses maîtres ; lorsqu'un esclave était grevé d'un droit d'usufruit, l'affranchissement, pour être complet, devait être opéré par l'usufruitier et le nu propriétaire.

sements, sans crainte de prodiguer le titre de citoyen romain, devenu bien moins précieux de son temps, Justinien abrogea la loi *Fusia Caninia*, sous le prétexte qu'il était injuste de permettre aux vivants d'affranchir tous leurs esclaves, et de refuser aux mourants la même faculté, comme si l'on n'était pas souvent obligé de défendre à un testateur ce qu'on pourrait permettre sans danger à un homme qui devrait se dépouiller de son vivant.

TITRE VIII. — *De ceux qui dépendent ou d'eux-mêmes, ou d'autrui.*

D. Comment divise-t-on les personnes, *relativement à leurs droits de famille* (1) ?

R. On les divise en personnes *sui juris* (c'est-à-dire ayant leur droit, leur condition propre ne dépendant que d'elles-mêmes), et personnes *alieni juris* (qui sont sous la dépendance d'autrui).—Chaque personne, en effet, se trouve dans une famille, soit comme chef et maître de la maison, soit comme soumise à ce chef, qu'on nomme *paterfamilias* ou *materfamilias*, suivant son sexe (Ulp., L. IV, § 1).

D. Le titre de *paterfamilias* est-il indépendant du fait de la paternité ?

R. Oui. On peut se trouver père de famille en naissant ; il suffit pour cela de n'appartenir à la famille d'aucun autre, fût-on seul de la sienne.

D. Les personnes qui peuvent se trouver sous la dépendance du père de famille, y sont-elles toujours au même titre ?

R. Non, le père de famille peut avoir sur les unes la puissance paternelle (*alia in potestate parentum*), et sur d'autres la puissance dominicale (*alia in potestate dominorum* (1).

(1) Les Institutes n'indiquent que deux espèces de pouvoirs dans la main du père de famille, la puissance paternelle et la puissance dominicale, qu'on désignait toutes deux sous le nom de *potestas ;* c'est qu'effectivement il n'en existait plus d'autre à l'époque de Justinien ; mais, dans l'ancien droit, on distinguait en outre les pouvoirs appelés *manus* et *mancipium*. Ces mots, qui dans leur acception primitive et générale exprimaient le droit de propriété, le droit de conquête, et s'appliquaient à tout ce que le citoyen romain avait en sa puissance, esclaves, femme, enfants, objets de toute nature,

D. Quels sont ceux qui sont soumis à la puissance dominicale ?

R. Ce sont les esclaves.

D. Quels étaient les effets de la puissance dominicale ?

R. Le maître était propriétaire (*dominus*) de l'esclave. Sa puissance s'appliquait à deux choses, à la personne et aux biens. Quant à la personne, le maître pouvait disposer à son gré de l'esclave, le vendre, l'abandonner et même lui donner la mort ; quant aux biens, tout ce que l'esclave avait ou acquérait était à son maître. Tel était le droit primitif, qui a perdu, sous l'Empire, son énergie et sa dureté, du moins quant à la personne.

En effet, le maître peut bien toujours vendre, donner, léguer l'esclave, mais le droit de vie ou de mort n'existe plus pour lui. Une constitution d'Antonin le Pieux punit de mort le maître qui tuerait son esclave sans motif légitime, comme s'il tuait l'esclave d'autrui ; et Justinien rapporte les termes d'un rescrit de cet empereur qui défend aux maîtres de maltraiter leurs esclaves à l'excès, et qui autorise en conséquence les magistrats à entendre les plaintes des esclaves, et, dans le cas où elles seraient fondées, à contraindre le maître de vendre l'esclave à de bonnes conditions.

D. Qu'est-ce qu'on entend par vendre l'esclave à de bonnes conditions ?

avaient pris, dès le temps de la loi des Douze Tables, des significations spéciales. On nommait *manus* le pouvoir que le mari ou l'ascendant sous la puissance duquel il se trouvait, acquérait sur sa femme en certains cas ; car la femme ne passait pas toujours sous la puissance de son mari, elle restait souvent dans la famille de son père. La puissance d'un mari sur la femme s'acquérait : 1o par la *confarréation* suivie d'un pacte particulier ; c'était une cérémonie religieuse dans laquelle on employait un gâteau de farine ; 2o par la *coemption*, vente solennelle de la femme au mari ; 3o par l'usucapion (*usu*), qui s'accomplissait comme pour toute autre chose mobilière, après une année de possession, mais qui se trouvait interrompue lorsque la femme s'était absentée pendant trois nuits du domicile marital (voy. *Introd.*, p. 30). La puissance du mari, ainsi acquise, assimilait la femme à un enfant du mari. Justinien n'en parle pas, parce que de son temps elle était tombée en désuétude. Quant au *mancipium*, c'était le pouvoir qu'un père de famille acquérait sur un homme libre par la vente solennelle appelée *mancipation ;* les innovations de Justinien ont effacé les dernières traces de ce pouvoir (voy. liv. I, titre XII ; voy. aussi *Introd.*, p. 30).

R. On entend vendre l'esclave à des conditions avantageuses, soit à celui-ci, soit au maître. Ainsi le maître ne pourrait pas être forcé de vendre l'esclave à crédit ou au-dessous de sa valeur ; mais il ne pourrait pas non plus imposer à l'acheteur des conditions défavorables à l'esclave, comme celle de ne jamais l'affranchir ou de le transporter dans un climat rigoureux.

D. L'empereur prétendait-il par là contester le droit de propriété que le maître a sur l'esclave ?

R. Non ; il reconnaissait que la propriété du maître doit rester intacte ; mais ce n'est pas contester le droit de propriété que de le renfermer dans de justes limites ; car la propriété n'est pas un droit absolu, mais subordonné à l'étérêt général. *Expedit enim reipublicæ ne quis re sua male utatur.*

D. Les effets de la puissance dominicale, à l'égard des biens possédés par l'esclave, ont-ils été modifiés ?

R. Non. L'ancien droit a toujours été conservé dans sa rigueur par rapport aux biens ; l'esclave, étant lui-même au rang des choses de son maître, n'a rien qui ne soit à ce dernier. Le maître laisse pourtant quelquefois à son esclave l'administration et la jouissance d'une partie de ses biens, à laquelle on donne alors le nom de *pécule*, c'est-à-dire *biens détachés, particuliers ;* mais ce n'est que par tolérance : le maître peut lui ôter, quand il lui plaît, cette administration (1).

TITRE IX. — *De la puissance paternelle.*

D. Qu'est-ce que la puissance paternelle ?

(1) Remarquons, en terminant l'examen de ce titre, la différence d'origine qui distingue la *potestas dominica* de la *patria potestas*. La première émane du droit des gens : la seconde est une création du droit civil. De là cette différence, que la *potestas dominica* peut appartenir même à des étrangers, *peregrini*, tandis que la *patria potestas* ne peut jamais être exercée que par des citoyens romains.

En dehors des esclaves et des hommes libres, *alieni juris*, rappelons qu'il existait une troisième catégorie de personnes intermédiaires, les colons, *coloni, rustici, originarii, inquilini*. Ces derniers, attachés par une sorte de servitude à la culture des terres, avaient cependant la libre disposition du produit de leur travail. Ils étaient seulement tenus de payer certaines redevances au propriétaire foncier, et ne pouvaient abandonner les terres auxquelles ils étaient attachés. — Ils étaient transmis avec elles par la vente ou la donation de ces terres (voy. *Introd.*, p. 61).

R. C'est le pouvoir attribué au père de famille sur les enfants qui composent sa famille (*filii ou filiæ familias*) et qui y sont entrés, soit par suite d'un *mariage légitime*, (*justis nuptiis*), soit par *légitimation*, soit par *adoption*.

D. La puissance paternelle n'avait-elle pas à Rome un caractère particulier ?

R. Oui. Chez la plupart des nations, et l'on peut dire dans le droit des gens, le pouvoir du père sur les enfants n'est qu'un pouvoir de protection, un droit de tutelle, qui s'efface lorsque l'enfant a atteint l'âge de raison (1). La puissance paternelle avait, à Rome, un tout autre caractère. Aussi, était-elle essentiellement de droit civil : il fallait être citoyen pour pouvoir l'acquérir (*proprium est civium romanorum*, § 2), et en cela elle différait de la puissance sur les esclaves, qui, étant du droit des gens, appartenait à tout propriétaire. étranger (*peregrinus*) ou citoyen (2).

En effet, dans l'ancien droit romain, le père, propriétaire de ses enfants comme de ses esclaves, avait sur eux droit de vie et de mort. Il pouvait les vendre (*mancipare*) (3), les

(1) Suivant M. Guérard, c'est le caractère que la puissance paternelle avait à Rome, avant la loi des Douze Tables, dans les familles patriciennes (voy. *Introd.*, p. 11).

(2) Quoique, du reste, le citoyen romain pût seul avoir sur les esclaves, comme sur toute autre chose, le *dominium ex jure Quiritium*, les *peregrini* n'ayant que la propriété utile appelée *possessio*. Voy. p. 112.

(3) En vendant une fille ou un enfant du deuxième degré, quel que fût son sexe, le père de famille épuisait sa puissance ; mais le fils, vendu une première fois par son père, rentrait sous la puissance de celui-ci, s'il venait à être affranchi par l'acheteur. Il en était de même après une seconde vente et un second affranchissement ; le père n'épuisait son droit que par une troisième vente. Le fils affranchi par le troisième acheteur était *sui juris*. Telle était la disposition de la loi des Douze Tables : *Si pater filium ter venum dabit, filius a patre liber esto.* Cela avait été établi en faveur des fils. Car, bien que la puissance paternelle semble n'exister que dans l intérêt du père, elle est pour le fils de famille la source de droits très importants, notamment de celui de succession.—Du reste, les enfants vendus par le père de famille (*mancipati*) ne sont point véritablement esclaves, au moins depuis la loi des Douze Tables ; ils sont placés sous l'espèce de puissance particulière appelée spécialement *mancipium*, qui n'est plus qu'une assimilation très imparfaite de l'esclavage (voy. *Introd.*, p. 30). Gaius nous apprend que de son temps la mancipation des enfants existait encore, mais elle n'avait plus lieu que fictivement et comme moyen de forme pour arriver à

exposer, les abandonner en réparation du dommage qu'ils auraient causé *(noxali causa mancipare)*, les punir comme juge domestique, même de mort ; la loi des Douze Tables lui faisait un devoir de faire périr ceux qui naissaient difformes. Tout ce que l'enfant acquérait était acquis au père, qui, seul, avait la propriété de tous les biens de la famille (voy. *Introd.* page 30).

D. Cette puissance absolue du père de famille a-t-elle été modifiée ?

R. Elle se conserva dans presque toute sa rigueur pendant la république (1). Cependant les mœurs l'avaient déjà adoucie ; le père avait fini par être considéré plutôt comme le chef souverain que comme le propriétaire des membres de sa famille.

Sous les empereurs, la puissance paternelle éprouva des restrictions successives (2), relativement à la personne et relativement aux biens de l'enfant.—Relativement à la personne, le père n'a plus, dans le dernier état de la législation, ni le droit de vie et de mort, ni le droit d'exposition : il ne peut vendre ses enfants qu'au sortir du sein de leur mère (*sanguinolentos*), et lorsqu'il y est forcé par une extrême misère (L. 2, C. 4, 43) ; il faut qu'il porte sa plainte au magistrat toutes les fois qu'il veut lui faire appliquer un châtiment plus grave qu'une simple correction. Par rapport aux

affranchir les enfants de la puissance paternelle ou à les faire adopter comme fils de famille par un tiers (voy. ci-après, tit. XII). Cependant, l'abandon du fils en réparation du préjudice causé par lui se faisait toujours, et n'est tombé en désuétude que plus tard. Une constitution de Dioclétien et Maximien (R. 1039) porte qu'il est de droit certain que les pères ne peuvent livrer leurs enfants ni en vente, ni en donation, ni en gage (C. 4, 43, l. 1 et 2).

(1) Fulvius mit à mort son fils, qui avait pris part à la conjuration de Catilina (Salluste, *Bell. Catilin.*, c. 39). Avant Fulvius, Cassius avait fait mourir son fils, dont l'éloquence agitait la République (Val. Max., v. 2). Les exemples de ce genre sont nombreux dans l'histoire romaine.

(2) Trajan contraignit un père qui maltraitait son fils à l'émanciper (L. *ult.* D. 37, 12). Adrien condamna à la déportation un père qui, dans une partie de chasse, avait tué un fils incestueux (L. 5, D. *ad L. Pomp., de parr.*). Alexandre Sévère rendit aux magistrats le prononcé de la peine réclamée par les parents (L. 3, c. 8, 46). Enfin une constitution de Constantin condamna à la même peine que le parricide, le père qui aurait tué son enfant (L. *un* C. 9, 17). C'est à ce principe qu'appartient aussi la constitution qui restreint, au cas d'une extrême misère, le droit de vendre les nouveau-nés.

biens, la puissance paternelle fut aussi restreinte par l'établissement de différents *pécules*, sur lesquels le fils a des droits de propriété plus ou moins étendus (voy. liv. II, tit. IX).

D. Sur quelles personnes s'établit la puissance paternelle, par suite d'un mariage légitime *(justæ nuptiæ)?*

R. Le père de famille a sous sa puissance tous les enfants nés de lui et de son épouse *(ex te et uxore tua)*, et tous les petits-enfants ou descendants ultérieurs nés d'un fils de famille, par suite d'un mariage légitime *(ex filio et uxore ejus)*. Mais les enfants de la fille n'entrent point dans la famille de celle-ci ; ils passent sous la puissance de leur père ou de l'aïeul paternel, sous la puissance duquel le père se trouve lui-même.

D. La mère n'a donc jamais sous sa puissance les enfants qu'elle a, même d'un mariage légitime ?

R. Jamais. Voilà pourquoi Ulpien dit que la famille dont la femme *sui juris* s'est trouvée le chef commence et finit en elle, *mulier autem familiæ suæ, et caput, et finis est* (L. 195, § 5. D. *de verb. signif.*).

TITRE X.—*Des noces.*

D. Qu'est-ce que les justes noces ou le mariage légitime ?

R. On appelle noces ou mariages *(nuptiæ sive matrimonium)* en général, l'union de l'homme et de la femme, formée avec l'intention d'établir entre eux une communauté indivisible d'existence *(individuam vitæ consuetudinem continens*, § 1 du titre précédent) ; et mariages légitimes ou justes noces *(justæ nuptiæ, justum matrimonium)* le mariage contracté suivant les règles du droit civil.

D. Qu'entendez-vous par une communauté indivisible d'existence ?

R. J'entends une communauté de vie qui s'étend, pour les époux, au domicile et à la position sociale (1) : la femme, en effet, que le mari prend pour épouse, est une compagne qu'il associe à sa position et à son rang *(socia rei humanæ atque divinæ*, dit Gordien. L. 4, C. *de crim. expil. hæred.)* ;

(1) Mais non aux biens, car on ne connaissait pas à Rome notre *communauté de biens entre époux.*

et, en cela, les noces se distinguent du *concubinat*, espèce d'union licite à Rome, dans laquelle l'homme prend une femme sans entendre l'élever jusqu'à lui (1).

D. Signalez la différence qui existe entre les *justes noces* et le *concubinat*.

R. Les justes noces, ou le mariage ligitime, produisent seuls les effets civils : ainsi, elles donnent aux époux le titre de *vir* et d'*uxor ;* les enfants qui en sont issus suivent la condition que le père avait au moment de la conception, et se trouvent placés dans sa famille. Le concubinat n'est point une union vague et prohibée ; les textes le définissent le commerce licite d'un homme et d'une femme sans qu'il y ait mariage entre eux *(licita consuetudo, causa non matrimonii,* L. 5, C. *ad sc. orp.)* ; mais c'est une union qui, lors même qu'elle est contractée entre citoyens romains, ne produit pas les effets civils. Ainsi le concubinat ne donne point à la femme le titre d'*uxor* : les enfants qui en naissent suivent la condition de leur mère, et n'entrent point sous la puissance paternelle ; ils sont *sui juris* et privés des droits de famille. Du reste, ces enfants ont un père reconnu, à l'égard duquel on

(1) Le concubinat est le mariage du droit des gens. Les *peregrini*, à moins d'une concession particulière, ne peuvent pas en contracter d'autre. Quand il a lieu entre personnes jouissant du droit de cité, c'est une union qui a quelque rapport avec ce qui se pratique encore dans quelques pays du Nord sous le nom de *mariage de main gauche*. C'est une union qui, sans avoir le caractère d'un vrai mariage, puisqu'elle n'entraîne pas l'*individuam vitæ consuetudinem* nécessaire pour constituer le mariage, non seulement d'après le droit civil, mais aussi d'après le droit des gens, était tolérée par les lois, réglée par elles, et se distinguait de l'union illicite (*stuprum*). Le concubinat, comme le mariage, n'avait lieu qu'entre personnes libres ; nul ne pouvait avoir deux concubines, ni une épouse et une concubine. Il pouvait, au reste se dissoudre par la volonté des parties ou de l'une d'elles, sans qu'on eût besoin de remplir les formalités du divorce et d'envoyer l'acte de répudiation.— Le concubinat fut une concession faite aux mœurs relâchées de l'Empire, dans le but d'accroître la population. Constantin, sous l'influence des idées chrétiennes, attaqua indirectement le concubinat, en défendant au père de rien laisser à ses enfants naturels. Il défendit également d'avoir des concubines à toutes les personnes titrées *(viri illustres, spectabiles, clarissimi)*, espérant agir par l exemple sur les classes inférieures. Mais ses successeurs furent moins rigides que lui. Justinien considérait encore le concubinat comme union illicite. Léon le Philosophe est le premier qui l'abolit en Orient, *nov.* 91. En Occident, il se maintint beaucoup plus tard, et nous le retrouvons dans les lois des Lombards et des Francs. Voy. *Concile de Tolède*, I, c. 17.

les appelait enfants *naturels*, par opposition aux enfants *légitimes*, qui, nés de justes noces, entraient dans la famille de leur père, et, en cela, les enfants naturels diffèrent des *spurii* ou *vulgo concepti*, enfants sans père reconnu, parce qu'ils étaient nés d'une union illicite et passagère appelée *stuprum*.

D. Les justes noces sont-elles soumises à quelque célébration solennelle ?

R. Non. Les justes noces, de même que le concubinat, se forment par le seul consentement, sans qu'il soit besoin d'aucune formalité solennelle (1). Quelquefois on dressait un acte soit pour constater les noces (*nuptiales tabulæ*), soit pour régler les conventions relatives à la dot (*instrumenta dotalia*) ; mais ces actes n'étaient que des moyens de preuves qui pouvaient être suppléés par d'autres, et qui ne constituaient pas le mariage. Il suit de là que c'était uniquement par la différente intention qu'avait eue l'homme en se mariant, de prendre sa femme à titre d'épouse ou de la prendre seulement pour concubine, qu'on jugeait s'il y avait mariage légi-

(1) C'est-à-dire qu'il n'est plus nécessaire de recourir aux anciennes solennités de la confarréation (*farreo*) ou de la mancipation (*per æs et libram*), un mariage contracté par le consentement des époux et constaté simplement par les amis ou voisins (*vicinis vel aliis scientibus*, L. 22 et 9, C. 5, 4) est valable. Mais nous pensons, comme M. Ortolan, t. I, p. 195, que le consentement seul des parties ne faisait pas le mariage, et que ce contrat devait être rangé dans la classe de ceux qui, pour être parfaits, exigeaient qu'il y eût une tradition : il fallait que la femme eût été conduite dans la maison conjugale ; jusque-là il n'y avait qu'un mariage projeté ; c'est ce que plusieurs textes (voy. not. *Paul*, 2, 19, § 8) et l'expression même *uxorem ducere* nous paraissent établir. Du reste, il n'était pas nécessaire que le mariage eût été consommé par la cohabitation (*videtur impleta conditio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*, L. 15, D. 35, 1 ; L. 30, D. 50, 17).—Il y a lieu de croire que le mariage non solennel ou par simple consentement s'est introduit dans la deuxième période de l'histoire romaine, à une époque où les solennités commençaient à perdre leur sens et leur faveur primitifs. Une circonstance particulière a dû hâter la désuétude de la confarréation, le seul mode de mariage qu'on pût employer quand on ne voulait pas que la femme tombât *in manu mariti*, c'est que le mariage par confarréation ne pouvait se dissoudre que très difficilement et par une contre-solennité lugubre appelée diffarréation. On dut chercher à se dispenser de cette gênante solennité à une époque où le divorce prenait faveur. V. M. Guérard, p. 448 ; Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, p. 147.

time ou seulement concubinat : *concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet* (L. 4. ff. *de concub.*).

D. L'intention de prendre une épouse ou une concubine ne se présumait-elle pas quelquefois ?

R. Oui, l'intention de prendre une épouse se présumait lorsque la femme était ingénue et de bonne vie ; il aurait fallu, pour détruire cette présomption, un acte formel par lequel la femme aurait déclaré se marier comme concubine. Mais lorsqu'il s'agissait d'une femme de mauvaise vie ou qu'il était défendu de prendre pour épouse, on était présumé l'avoir prise pour concubine.

D. Quelles étaient les conditions exigées par le droit civil pour qu'on pût contracter de justes noces ?

R. Il fallait : 1o que les contractants fussent pubères : 2o qu'ils eussent joint à leur consentement réciproque celui de certaines personnes ; 3o qu'ils eussent le *connubium*.

D. A quel âge était-on pubère ?

R. La puberté a été fixée par Justinien, à quatorze ans pour les hommes, et à douze ans pour les femmes (voy. titre XXII ci-après).

D. Pourquoi les époux devaient-ils être pubères ?

R. Parce qu'avant la puberté on était incapable de contracter par soi-même, et que, d'ailleurs, un impubère, incapable d'engendrer, ne pouvait pas remplir le but primitif du mariage. — Cependant il faut remarquer que, parmi les pubères impuissants, les castrats seuls ne pouvaient contracter de justes noces (L. 19, ff. *de jur. dot.*).

D. Quelles étaient les personnes dont le consentement était exigé pour la validité du mariage ?

R. Ces personnes étaient, outre les futurs époux, les ascendants sous la puissance desquels chacun d'eux se trouvait, et, de plus, ceux en la puissance de qui devaient se trouver un jour les enfants à naître du mariage.

D. Expliquez cela par un exemple ?

R. Soient un fils et un petit-fils, tous deux sous la puissance de l'aïeul : le petit-fils aura besoin du consentement non-seulement de son aïeul, mais encore de son père, quoiqu'il ne soit pas sous la puissance de ce dernier ; la raison en est qu'au décès de l'aïeul le père doit avoir sous sa puissance

non-seulement le futur époux, mais avec lui les enfants à naître du mariage (voy. tit. XII) ; or, nul ne peut entrer sous la puissance et dans la famille d'une personne malgré elle. Comme cette raison n'existe pas pour la petite-fille, puisque ses enfants doivent entrer dans la famille de son mari, et non dans la sienne, elle n'a besoin, dans la même hypothèse, que du consentement de l'aïeul.

D. Le consentement du père n'était donc pas nécessaire aux enfants *sui juris*, et, par exemple, aux émancipés ; celui de la mère n'était donc nécessaire à personne ?

R. On ne l'avait jamais exigé dans l'ancien droit ; car on ne considérait que la puissance paternelle, sans s'arrêter aux devoirs que l'on doit naturellement à tout ascendant. Mais Valentinien et Valens, et après eux Honorius et Théodose, exigèrent que la fille mineure de vingt-cinq ans, bien qu'émancipée, prît encore le consentement de son père, et si ce dernier était mort, le consentement de la mère et des proches parents (L. 18 et 20, C. *h. t.*).

D. Quand doit être donné le consentement des ascendants ?

R. Le consentement des ascendants doit précéder les noces ; autrement elles n'auraient d'existence légale que du moment où ce consentement serait donné, sans qu'il y ait lieu à aucune ratification rétroactive ; car on ne ratifie pas ce qui n'a jamais existé.

D. Le consentement devait-il être nécessairement exprès ?

R. Non ; il pouvait être tacite, comme celui qui résultait de ce que l'ascendant ne s'était point opposé au mariage dont il avait connaissance. Du reste, le consentement devait être réel et valable, c'est-à-dire ne pas être donné par erreur, surpris par dol ou arraché par violence.

D. Ne se contentait-on pas quelquefois du consentement qu'on présumait que l'ascendant aurait donné, s'il avait pu le faire ?

R. Oui ; ainsi les enfants de celui qui était captif ou absent depuis trois ans pouvaient, sans son consentement, contracter un mariage qui fût sortable. La même faveur avait été appliquée par Adrien à la fille d'un fou ; mais l'application présentait plus de difficulté, à l'égard du fils, à cause des enfants que son mariage pouvait introduire dans la famille.

Justinien décida, dans l'intérêt public, qui veut que l'on facilite les mariages, que le fils, comme la fille d'un fou, pourrait se marier, sans l'intervention de son père, en suivant le mode réglé par sa constitution. (L. 25, C. *h. t.*).

D. Qu'est-ce que le *connubium* ?

R. C'est la capacité légale pour les futurs époux de contracter ensemble de justes noces.—En principe, le *connubium* n'existe qu'entre les citoyens romains (1). Entre les citoyens eux-mêmes, le *connubium* n'existe pas toujours ; il y a divers empêchements résultant soit des rapports de parenté et d'alliance à un certain degré, soit de quelques autres causes particulières.

D. Distingue-t-on plusieurs espèces de parenté ?

R. Oui. La parenté porte le nom général de *cognation* mais on en distingue deux espèces : la parenté naturelle, qui retient le nom de *cognation* proprement dite, et la parenté civile, qui se nomme spécialement *agnation*. La première est le lien qui existe entre personnes unies par le sang et descendant ou l'une de l'autre ou d'une souche commune *(cognati)* ; la seconde est le lien de droit qui unit entre eux les membres de la même famille civile, tant qu'ils n'en sortent pas *(agnati ;* voy. tit. XV ci-après).

D. Qu'entend-on par ligne et degré de parenté ?

R. On entend par ligne la série des parents. On appelle ligne *directe* la série des parents qui descendent les uns des autres, comme le père et le fils, et *collatérale* la série des parents qui, sans descendre les uns des autres, ont pourtant un auteur commun, comme le frère et la sœur. On a comparé les parents à des personnes qui, à l'aide d'escaliers, descendent d'une hauteur ; chaque marche est un degré occupé par une génération. Dans la ligne directe on compte autant de degrés qu'il y a de générations. Ainsi, de l'aïeul au petit-fils, il y a deux générations, deux degrés. Dans la ligne collatérale, chacun des parents descend de l'auteur commun par une ligne particulière qui a ses degrés, la somme

(1) Les Latins et les *peregrini* ne l'avaient qu'eu vertu d'une disposition particulière (*Gaius*, I, §§ 55, 56 et 57). Depuis que Caracalla et Justinien ont accordé le droit de cité à tous leurs sujets, et ont ainsi effacé la distinction des pérégrins et des Latins, les esclaves sont, dans l'Empire, les seules personnes avec lesquelles on n'ait pas le *jus connubii* (voy. tit. III).

de l'une ou de l'autre ligne indique la distance entre les collatéraux. Ainsi l'oncle et le neveu, placés l'un au premier, l'autre au second degré de l'auteur commun, sont entre eux au troisième degré.

D. Quels obstacles au *connubium*, et, par suite, au mariage légitime, la parenté produit-elle en ligne directe ?

R. Le mariage est prohibé en ligne directe à l'infini, même entre personnes qui, sans être unies par les liens du sang, sont considérées comme ascendants ou descendants, à cause d'une adoption qui les a placées dans la même famille ; il résulte de cette adoption une parenté civile qui suffit pour empêcher les noces, même après qu'elle a été dissoute. Ainsi vous ne pourriez pas épouser la femme que vous avez adoptée pour votre fille ou pour votre petite-fille, quand même vous l'auriez fait sortir de votre puissance par l'émancipation.

D. Un père qui aurait sa fille sous sa puissance pourrait-il adopter son gendre ?

R. Non ; car l'adoption produirait entre les époux une *agnation* incompatible avec le lien du mariage. Le père qui voudrait adopter son gendre devrait donc préalablement émanciper sa fille. En effet, il suffit que l'un des deux époux sorte de la famille pour que l'autre puisse aussitôt y entrer.

D. La parenté produit-elle des empêchements en ligne collatérale ?

R. Oui, mais avec moins d'étendue qu'en ligne directe ; et lorsqu'il existe une prohibition entre collatéraux, si cette prohibition ne résulte que d'une parenté civile, elle cesse aussitôt que cette parenté est dissoute. Ainsi le mariage est prohibé entre frère et sœur ; mais si deux personnes n'étaient devenues frère et sœur que par l'effet d'une adoption, l'émancipation de l'une d'elles, rompant le lien de famille, leur permettrait de s'épouser.

D. Quand la parenté produit-elle empêchement au mariage entre collatéraux ?

R. Elle produit empêchement lorsque les collatéraux ou l'un d'eux sont au premier degré de l'auteur commun ; car celui qui touche immédiatement à l'auteur commun représente cet auteur commun pour tous ceux qui en descendent, et ne peut épouser aucun d'eux, *quia loco parentis habetur.* Ainsi, non-seulement on ne peut épouser son frère ou sa

sœur, mais on ne peut épouser aucun de leurs descendants (1) ; le cousin, au contraire, peut épouser sa cousine, parce qu'ils sont l'un et l'autre à deux degrés de l'auteur.

D. En est-il de même lorsque la parenté est seulement civile ?

R. Oui, la parenté civile, tant qu'elle subsiste, produit les mêmes empêchements entre collatéraux que la parenté naturelle ; mais il faut bien remarquer entre quelles personnes elle se forme. Ainsi, je puis épouser la fille de ma sœur adoptive ; car le lien de famille qui existe entre cette sœur et moi ne s'étend pas aux enfants qu'elle peut avoir, parce que les enfants entrent dans la famille de leur père, et jamais dans celle de leur mère (§ 3). Ainsi encore, je puis épouser la femme que mon aïeul maternel a adoptée comme sœur de ma mère, parce qu'étant moi-même dans la famille de mon père, aucun lien civil ni naturel ne m'unit à cette femme. Au contraire, je ne pourrais pas épouser la sœur de mon père *(amitam)* : ne le fût-elle que par adoption *(licet adoptivam)*, elle serait dans la même famille que moi (§ 5).

D. Qu'est-ce que l'alliance ?

R. L'alliance ou affinité est le lien qui se forme entre un conjoint et les parents de l'autre, et même entre les parents d'un conjoint et ceux de l'autre.

D. L'alliance produit-elle des empêchements au *connubium*, et par suite au mariage légitime ?

R. Oui, mais il est à remarquer que ce n'est qu'après sa dissolution, qui s'effectue avec celle du mariage qui l'a établie, que l'alliance commence vraiment à former un obstacle particulier à un nouveau mariage ; car tant que le premier mariage subsiste, l'affinité qui en résulte ne peut rien ajouter à l'impossibilité absolue où est chacun des époux de se marier avec un autre. C'est donc le respect de l'alliance qui n'existe plus, plutôt que l'alliance elle-même qui produit des empêchements.

D. Quels sont ces empêchements ?

R. L'alliance empêche le mariage entre le mari et les

(1) Cependant Claude, pour épouser sa nièce Agrippine, fille de Germanicus, fit rendre un sénatus-consulte pour autoriser le mariage de l'oncle avec la fille de son frère ; mais cette exception, qui ne fut point étendue à la fille d'une sœur, fut supprimée par Constantin, (voy. *Ulp.*, t. v, § 6).

ascendants ou descendants de sa femme, et réciproquement entre la femme et les ascendants ou descendants du mari, *quia loco parentum liberorumque habentur*. Ainsi, il est défendu d'épouser la fille de sa première femme *(privignam)*, ou sa bru *(nurum)* ; et, en sens inverse, la mère de sa femme *(socrum)*, ou sa marâtre *(novercam)*. Mais je pourrais épouser la fille que ma marâtre aurait eue d'un premier mariage, lors même que du mariage de celle-ci avec mon père serait né un enfant qui serait mon frère consanguin et le frère utérin de celle que je veux épouser (1).

D. N'existe-t-il, à raison de l'alliance, aucun empêchement entre l'un des époux et les collatéraux de l'autre ?

R. Il n'en existait aucun dans l'ancien droit ; mais les princes chrétiens ont prohibé le mariage du beau-frère avec sa belle-sœur.

D. La décence publique n'a-t-elle pas fait prohiber le mariage entre des personnes qui ne sont pas et qui n'ont jamais été, à proprement parler, alliées ?

R. Oui. Le mari qui aurait divorcé avec sa femme ne ne pourrait pas épouser la fille que cette femme aurait eue d'un second mariage, quoiqu'il n'y ait entre cette fille et lui, aucune alliance proprement dite *(non est privigna tua)*. Le père ne pourrait pas épouser la fiancée de son fils, ni la mère le fiancé de sa fille (2). Enfin, quoiqu'il n'y ait d'affinité

(1) Ce n'est pas, comme on l'a prétendu, que je ne sois l'allié de la famille de ma marâtre ; mais c'est qu'il y a des alliés entre lesquels (*tamen*) le mariage n'est pas défendu, comme il y a des parents entre lesquels la parenté ne forme pas empêchement. Toutefois, le lien d'alliance qui existait entre les parents des deux époux était peu étroit ; il ne formait aucun obstacle au *connubium*, et n'avait, pour ainsi dire, d'effet que dans les relations amicales de famille ; aussi l'on n'avait pas de nom pour désigner ces différents alliés, tandis que l'alliance de chacun des époux avec les parents de l'autre est marquée, comme on le voit, par différents noms.

(2) Les fiançailles sont une convention par laquelle deux personnes ou leurs représentants promettent de contracter plus tard de justes noces (L. 1, D. *De sponsalibus*). Le nom de *sponsalia* leur vient de ce qu'elles se faisaient anciennement sous la forme d'une stipulation (voy. liv. III, tit. XV), en employant la formule essentiellement romaine : *Spondesne... mihi aut illi uxorem futuram ?* SPONDEO. De ce verbe *spondeo* venait aussi le nom donné aux fiancés, *sponsus*, *sponsa*. Si l'un des fiancés refusait de tenir sa promesse, l'autre intentait contre lui l'action *de sponsis*, et le faisait condamner à des dommages-intérêts. Vers le VIIe siècle de Rome, les anciennes formes furent abandonnées, et le simple consentement suffit ; ce qui permit

proprement dite que celle qui résulte des justes noces, il suffirait, pour empêcher le mariage entre deux personnes, que l'une d'elles eût eu un commerce quelconque avec l'ascendant ou le descendant de l'autre.

D. L'union des esclaves (*contubernium*) établit-elle des rapports de parenté ou d'alliance suffisants pour faire obstacle au *connubium* entre les affranchis cognats ?

R. Oui : quoiqu'il n'y ait ni parenté, ni alliance proprement dites entre esclaves, le lien du sang produit des cognations, et par suite des affinités serviles qui établissent entre les esclaves, lorsqu'ils sont affranchis, les mêmes empêchements qu'entre les ingénus.

D. N'existe-t-il pas d'autres empêchements au *connubium* que ceux dont vous venez de parler ?

R. Il en existe plusieurs autres, fondés sur des considérations civiles ou politiques. Ainsi, on a défendu le mariage d'une mineure de vingt-six ans avec son tuteur, ou son curateur, ou leur fils ou petit-fils, de peur que le tuteur ou le curateur ne profitât de ce mariage pour se dispenser de rendre ses comptes ou pour en rendre d'inexacts. Ainsi, un gouverneur ne pouvait pas épouser une femme domiciliée dans la province qu'il administrait ; on craignait qu'il n'abusât de son autorité. Un ingénu ne pouvait pas épouser une prostituée, une comédienne ; un sénateur ou ses enfants ne pouvaient pas se marier avec des affranchies, etc. Mais ces empêchements, dont la violation ne constitue pas un inceste, à la différence des empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance, ne forment obstacle, du moins en général, qu'aux justes noces et non au concubinat.

D. Quel est l'effet d'un mariage contracté en l'absence d'une des conditions ci-dessus exprimées ?

R. Un pareil mariage est entièrement nul : les conjoints n'ont pas le titre de *vir* et d'*uxor*, les enfants n'entrent point sous la puissance de leur père ; ils sont même regardés comme *spurii*, c'est-à-dire comme n'ayant aucun père certain,

de former des fiançailles entre absents, par lettre ou par messager. Les fiançailles étaient dissoutes par la mort des parties ou même par la volonté de l'une d'elles, en envoyant à l'autre une renonciation ainsi conçue : *Conditione tua non utor*. Mais des arrhes étaient ordinairement données, et celle des parties qui, sans motif légitime, refusait de tenir sa promesse, devait les perdre. Dans certains cas, les arrhes étaient remboursées au quadruple.

lorsqu'ils sont les fruits d'un commerce incestueux. Il n'y a ni dot ni donation à cause des noces (voy. liv. II, tit. VII). En outre, des peines sévères sont portées contre les coupables, si les noces sont entachées de bigamie ou d'inceste.

D. Comment se dissout le mariage légitime ?

R. Il se dissout par la mort de l'un des époux, par la perte de la liberté ou des droits de cité, par la captivité et par le divorce (1) (L. I, D. *de Divort.*).

D. Les enfants qui ne naissent point dans la famille de leur père ne peuvent-ils pas y entrer postérieurement ?

R. Oui, ils peuvent y entrer par l'effet de la *légitimation.*

D. Qu'est-ce que la légitimation ?

R. La légitimation, introduite par les empereurs chrétiens (2), est un acte par lequel un enfant, issu d'un con-

(1) Dans les anciens mariage par confarréation, le divorce était difficile, mais non impossible ; il se faisait par la diffarréation. Dans les mariages *per æs et libram*, le mari seul (l'acheteur) avait le droit de répudier sa femme, en la émancipant ; la femme vendue au mari ne pouvait pas le quitter sans la volonté de celui-ci et sans émancipation. Le droit de répudiation du mari me paraît toutefois avoir reçu de bonne heure des restrictions. Le mari pouvait se séparer de sa femme, si elle avait commis un adultère, empoisonné ses enfants, contrefait les clefs qui lui étaient confiées. S'il l'abandonnait sans avoir un de ces motifs, la moitié de ses biens était adjugée à la femme, l'autre moitié au temple de Cérès ; lui-même était dévoué aux dieux infernaux. Lorsque le mariage par simple consentement mutuel s'introduisit, on introduisit en même temps le divorce par consentement mutuel, ou par la répudiation de l'un des époux. Le divorce devait se faire ainsi en présence de sept témoins (L. 9, D. *de divort.*). Les causes de répudiation furent déterminées par Théodose et Valentinien. L'époux qui dissolvait le mariage sans cause légitime encourait certaines peines pécuniaires, de même que l'époux qui, par sa mauvaise conduite, donnait à l'autre une juste cause de repudiation (C. 5, 17, 8).

(2) Sous la république et au commencement de l'Empire, il y avait, pour les citoyens romains, un moyen général de légitimer les enfants nés hors mariage, et, par conséquent, de les faire entrer dans la famille et sous la puissance de leur père. Mais Gaius, (I, §§ 67 et suiv.) cite plusieurs cas particuliers où des enfants qui n'étaient pas sous la puissance de leur père, y entraient en vertu de dispositions législatives spéciales. Ainsi, lorsqu'un citoyen avait épouse une étrangère par erreur sur son état, la croyant Romaine, et lorsqu'il en avait eu un fils, un sénatus-consulte autorisait le père à prouver son erreur (*permittur causam erroris probare*), et l'effet de sa

cubinat (1), acquiert le titre et la condition légale d'enfant légitime.

D. Comment s'opère la légitimation ?

R. Avant Justinien, et à l'époque des Institutes, elle ne s'opérait que de deux manières : par le *mariage subséquent* et par l'*oblation à la curie.*—Justinien y ajouta la légitimation *par rescrit* du prince.

D. Quand est-ce que la légimation par mariage subséquent avait lieu, et à quelles conditions était-elle soumise ?

R. La légitimation par mariage subséquent avait lieu lorsqu'un homme, ayant des enfants d'une concubine, épousait celle-ci, et transformait le concubinat en mariage légitime. Elle fut introduite par Constantin (an 335 de J.-C.) (2).

Trois conditions étaient nécessaires pour ce mode de légitimation, il fallait : 1o qu'au moment de la conception, le mariage du père et de la mère ne fût défendu par aucune loi (3) *(cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat)* (4) ; 2o qu'on dressât un acte contenant la constitution de

bonne foi ainsi constatée était de faire arriver la mère et l'enfant au droit de cité : et dès lors l'enfant entrait sous la puissance de son père. En général, d'ailleurs, lorsque les droits de cité étaient accordés à un étranger et à son enfant, le père acquérait, comme conséquence des droits de cité, la puissance paternelle sur ses enfants. Cette partie de la législation, dont il n'est pas fait mention dans les Institutes, a dû tomber en désuétude quand Caracalla eut accordé les droits de cité à tous les *peregrini* (v. p. 50 et tit. III).

(1) Nous disons *issu d'un concubinat*, parce que les *spurii*, enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux, ou d'une union passagère et illicite, n'ayant pas de père connu aux yeux de la loi, ne peuvent pas être légitimés.

(2) Zénon, en 476, voulut que cette légitimation ne pût s'appliquer qu'aux enfants naturels déjà existants au moment où sa constitution fut publiée. Mais Justinien effaça cette restriction et rendit à ce mode de légitimation son effet général (L. 10, c. 5, 27).

(3) Si donc le gouverneur d'une province y avait formé un concubinat, il n'aurait pu légitimer, par mariage subséquent, les enfants nés de sa concubine, parce que les gouverneurs ne pouvaient épouser une femme domiciliée dans leur gouvernement.

(4) Quelques commentateurs entendent par ces mots du texte (§ 13) que le mariage devait n'être prohibé par aucune loi, au moment où l'on voulait légitimer les enfants. Mais ce serait donner au texte un sens insignifiant, car il est clair qu'il faut bien que le mariage subséquent soit possible d'après la loi, pour qu'il puisse avoir l'effet de légitimer les enfants nés antérieurement (voy. *Théop.* et M. Ducaur-

dot *(dotalibus instrumentis compositis)* ou simplement servant à constater le mariage (*instrumenta dotalia ; nuptiales tabulæ*) (v. p. 128), afin de manifester plus clairement la volonté de transformer le concubinat en justes noces (1) ; 3o que les enfants ratifiassent la légitimation, car ils ne pouvaient être soumis, malgré eux, à la puissance paternelle.

D. Qu'est-ce que la légitimation par oblation à la curie ?

R. La curie était le sénat des villes municipales (2). Les citoyens appelés à la composer, les curiaux, formaient un ordre (*ordo curialis*) qui jouissait de certains privilèges, mais qui était soumis à diverses obligations onéreuses, comme celle d'être responsable de la rentrée de l'impôt. Ces obligations étaient devenues si lourdes dans le Bas-Empire, qu'on fuyait plutôt qu'on ne recherchait l'honneur d'appartenir à la curie (v. *Introd.*, p. 59). Ce fut pour combattre cette tendance que Théodose et Valentinien (an 445 de J.-C.) permirent à un citoyen, curial ou non, qui n'avait que des enfants naturels, de les légitimer en les offrant à la curie, c'est-à-dire en les faisant admettre dans l'ordre des curiaux. On pouvait aussi légitimer une fille naturelle, en la mariant à un curial. Toutefois l'enfant ainsi légitimé, en entrant sous la puissance de son père, acquérait les droits dans la

roy, no 167).—Un autre passage du texte, ces mots : *quod et aliis liberis qui ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, similiter nostra constitutio prœbuit*, ont été généralement considérés comme corrompus. En effet, ils signifieraient que Justinien aurait conféré la légitimation, non seulement aux enfants nés avant le mariage, mais encore à ceux nés du mariage lui-même. Or, il est évident que ceux-ci sont légitimes, et non pas seulement légitimés. Aussi Cujas, dont la leçon a été adoptée par Schrader et d'autres interprètes, propose-t-il de dire : *quod etsi alii liberi*, etc. Et alors le texte signifie qu'on peut légitimer par mariage subséquent les enfants naturels que l'on a eus auparavant, quand même le mariage donnerait naissance à des enfants légitimes proprement dits. Cette interprétation est confirmée par la loi XI, C. 5, 27, qui légitime les enfants antérieurs au mariage, soit qu'il naisse des enfants pendant le mariage, soit qu'il n'en naisse pas.

(1) Mais il n'était pas nécessaire que les enfants à légitimer fussent inscrits dans cet acte.

(2) On appelait municipales les villes qui avaient obtenu le droit de cité romaine et le privilège de s'administrer elles-mêmes, au moyen d'institutions imitées de celles de Rome. La curie, c'est un sénat au petit pied ; les décurions, ce sont les sénateurs ; les curiaux, ce sont les patriciens municipaux. Voy. *Introd.*, p. 36 et 49.

succession de celui-ci (1), mais non dans celle des autres membres de la famille.—Justinien confirma ce mode de légitimation, et le permit même à ceux qui avaient déjà des enfants légitimes (L. 9, §3, C. 5, 57) (2).

D. Qu'est-ce que la légitimation par rescrit du prince ?

R. Ce mode fut introduit par les Novelles de Justinien (*Nov.* 74 et 89) ; il consistait à obtenir de l'empereur un rescrit conférant le bénéfice de la légitimation. Ce bénéfice n'était accordé que lorsque le père n'avait point d'enfant légitime et qu'il lui était impossible d'épouser la mère de l'enfant naturel, soit parce qu'elle était morte, soit pour toute autre cause. Le rescrit pouvait être sollicité par le père, ou par les enfants eux-mêmes, si le père était décédé après avoir exprimé dans son testament le vœu que ses enfants fussent légitimés. L'effet du rescrit de légitimation était, dans ce cas, de rendre les enfants héritiers de leur père, comme s'ils eussent été légitimes.

TITRE XI.—*Des adoptions.*

D. Qu'est-ce que l'adoption ?

R. L'adoption est un acte par lequel un citoyen acquiert la puissance paternelle par le seul effet du droit civil, indépendamment des liens du sang.—Les personnes sur lesquelles la puissance paternelle s'établit ainsi se nomment enfants adoptifs (3), par opposition aux enfants légitimes, qui sont alors (et dans un autre sens que précédemment) appelés enfants naturels, parce qu'ils descendent réellement du père

(1) Non seulement les enfants naturels, n'étant pas dans la famille de leur père, ne lui succédaient pas *ab intestat*, mais les enfants naturels d'un père curial ne pouvaient recevoir par testament au delà d'une certaine quotité. L'oblation à la curie, en effaçant cette incapacité, permettait au père de satisfaire son affection pour son enfant naturel.

(2) Pour faire admettre un enfant légitime ou naturel parmi les curiaux, le père devait lui assurer une certaine fortune. Le mode de légitimation par oblation à la curie n'était donc à la portée que des citoyens riches.— Du reste, cette légitimation ne pouvait, pas plus que celle par le mariage subséquent, être faite malgré les enfants.

(3) L'adopté prenait le nom de famille de l'adoptant (*nomen*), conservait cependant celui de son ancienne famille, mais en le transformant en adjectif avec la terminaison *ianus*, par exemple: *Scipio Æmilianus*, *Cæsar Octavianus*.

de famille, tandis que l'adoption place dans la famille des enfants qui, le plus souvent, doivent la naissance à un étranger.

D. Y a-t-il plusieurs genres d'adoption ?

R. Il y a deux espèces d'adoption : l'*adoption proprement dite*, qui s'applique aux fils de famille qu'elle fait passer de la puissance d'un père sous la puissance d'un autre ; et l'*adrogation*, par laquelle un individu *sui juris*, un père de famille, se soumet à la puissance d'un autre.

D. Comment s'opère l'adoption proprement dite ?

R. Avant Justinien, elle s'opérait par la vente solennelle appelée *mancipatio*, suivie de la *cessio in jure*. La mancipation, qui devait être répétée trois fois pour un enfant mâle du premier degré, avait pour objet de libérer l'enfant de la puissance paternelle ; mais elle ne lui attribuait pas la qualité de fils de famille de l'acheteur (elle le faisait passer seulement *in mancipio*) (voy. titres VIII et IX) : c'était la cession en justice qui avait ce résultat. La *cessio in jure* n'était que la représentation fictive d'un procès. L'acquéreur qui voulait adopter réclamait l'enfant comme sien, par une revendication simulée ; le père ne contredisait pas, et le magistrat déclarait que l'enfant appartenait à l'adoptant.

Depuis Justinien, qui abrogea toutes ces formalités, l'adoption s'opère (*imperio magistratus*) par la simple déclaration faite devant le magistrat compétent, par le père naturel et par l'adoptant, en présence et sans contradiction de l'adopté (*præsente eo et non contradicente* (1), § 8, *tit. seq.*)

D. Justinien ne modifia-t-il pas aussi l'adoption proprement dite dans ses effets ?

R. Oui ; le principal effet de l'adoption était de faire sortir l'adopté de la famille de son père naturel pour le faire entrer dans celle de l'adoptant en sorte que l'adopté perdait ses droits à la succession du père naturel, sans être assuré de conserver les droits qu'il acquérait à l'hérédité du père adoptif ; car celui-ci pouvait les lui enlever en l'émancipant ou en le déshéritant. Pour éviter cet inconvénient, auquel

(1) Comme il suffisait que l'adopté présent ne manifestât point d'opposition, on pouvait adopter les enfants ne parlant pas encore (L. 42, *D. de adopt.*) ; mais on ne pouvait pas adopter un absent (L. 24, *D. de adopt.*)

les préteurs n'avaient remédié qu'imparfaitement, Justinien décida que, lorsque l'adoption serait faite par un étranger (*extraneo*), c'est-à-dire par tout autre qu'un ascendant, l'adopté resterait sous la puissance et dans la famille de son père naturel, pour y conserver ses droits de succession ; mais que cependant il commencerait à être considéré comme le fils de l'adoptant, et à lui succéder, mais seulement *ab intestat*, sans avoir aucune action pour attaquer le testament de son père adoptif (voy. tit. XVII). L'adoption ne conserve, du moins en général (voy. liv. III, tit. I), ses anciens effets que lorsqu'elle est faite par un ascendant (1).

D. Comment s'opère l'adrogation ?

R. L'adrogation s'opérait autrefois par une loi *(populi auctoritate)*. Cette sorte d'adoption s'appelait *adrogation*, parce qu'on demandait *(rogatio)* à l'adrogeant s'il consentait à ce que celui qu'il se proposait d'adopter devînt son fils ; à l'adrogé, s'il consentait à le devenir, et au peuple, s'il donnait son autorisation (2) (voy. *Introd.*, p. 22). Dans le dernier état du droit, l'autorisation de l'empereur remplace celle du peuple, et l'adrogation s'opère par rescrit du prince *(imperatoris auctoritate ; principali rescripto)*.

D. Quels sont les effets de l'adrogation ?

R. L'adrogation fait entrer sous la puissance de l'adrogeant non seulement l'adrogé, mais encore tous les enfants naturels ou adoptifs que ce dernier avait lui-même sous sa puissance. Les biens de l'adrogé sont aussi acquis à l'adrogeant (voy. pourtant liv. II, tit. IX).

D. Toutes les personnes qui pourraient être données en adoption proprement dite, si elles étaient *alieni juris*, peuvent-elles être adrogées ?

R. Dans l'ancien droit, les femmes et les impubères, qui ont toujours pu être adoptés, ne pouvaient pas être adrogés.

(1) Comme un aïeul maternel ou un aïeul paternel qui aurait émancipé son fils (*si pater fuerit emancipatus*). On doit supposer cette émancipation ; car, si le fils n'était pas émancipé, le petit-fils se trouverait de droit sous la puissance de l'aïeul paternel, et l'adoption serait inutile et impossible.

(2) " Qua species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adop-
" tat, rogatur, id est, interrogatur an velit eum quem adoptaturus sit
" justum sibi filium esse ; et is qui adoptatur, rogatur an id fieri
" patiatur ; et populus rogatur an id fieri jubeat (*Gaius*, c. I, § 99)."

Mais sous Justinien, l'adrogation des femmes est permise (L. 21, ff. *de adop.)* ; et une constitution d'Antonin le Pieux a autorisé celle des impubères, mais avec des règles particulières.

D. Quelles sont ces règles ?

R. Lorsqu'après les informations ordinaires sur l'âge de l'adoptant, sur le tort que l'adoption pourrait faire à ses enfants, s'il en a *(causa cognita)*, et après qu'on a, en outre, examiné si l'adoption a un motif honnête *(honesta sit)*, et si elle est avantageuse pour l'impubère *(expediatque pupillo)*, l'adrogation de celui-ci est autorisée ; elle ne l'est que sous les conditions suivantes : l'adrogeant est tenu : 1o de restituer tous les biens qu'il a reçus de l'adrogé, soit à l'adrogé lui-même, s'il l'émancipe avec juste motif ou s'il le déshérite, soit aux personnes à qui ces biens seraient revenus à défaut d'adrogation, si le pupille vient à mourir avant l'âge de puberté ; 2o d'assurer cette restitution en donnant une caution qui s'oblige envers une personne publique (1) ; 3o de laisser à l'adrogé le quart de ses propres biens, s'il l'émancipe sans juste motif ou s'il le déshérite.

Ce quart est ce qu'on nomme *la quarte Antonine*.—En cas d'exhérédation, on n'examine pas quel en a été le motif ; car l'adrogeant qui a juste sujet de plainte contre l'adrogé peut l'émanciper, et ne doit pas différer à le punir par un acte de dernière volonté.

D. Doit-il exister entre l'adoptant et l'adopté une différence d'âge ?

(1) *Personæ publicæ*, c'est-à-dire à un tabellion. Il est nécessaire d'expliquer qu'en principe, une personne libre ne peut pas stipuler pour autrui (v. p. 439). Il aurait donc été difficile d'assurer la restitution de l'hérédité, si la stipulation avait été faite directement en faveur de l'héritier présomptif de l'adrogé ; car l'héritier le plus proche aujourd'hui, peut mourir demain et être remplacé par un autre, qui n'aurait pu se prévaloir de la stipulation faite au défunt. Pour tourner la difficulté, on eut recours à un autre principe. L'esclave commun peut stipuler pour tous ses maîtres ; il est censé stipuler pour celui qui a intérêt à la stipulation. On imagina de faire stipuler la caution par un *Tabellarius*, esclave public, qui est censé stipuler pour celui des membres de la cité qui a intérêt à la restitution de l'hérédité. Aussi les textes du Digeste disent-ils que la caution est donnée *servo publico* (L. 18, D. *de adoptionibus*).—Depuis Arcadius et Honorius (401 après J.-C.), les fonctions de tabellion ont été données à des hommes libres qui continuèrent à recevoir les cautions dans les adrogations (L. 3, C. *de adoptionibus*).

R. Oui, l'adoptant doit avoir la puberté pleine, c'est-à-dire dix-huit ans de plus que celui qu'il veut prendre pour fils adoptif ; il faut qu'il ait trente-six ans de plus que l'individu qu'il veut prendre à titre de petit-fils. L'adoption imite la nature, en ce sens du moins que les titres de père et de fils adoptifs ne sont admissibles qu'entre personnes à qui ces titres pourraient naturellement appartenir.

D. On pourrait donc adopter, soit à titre de fils, soit à titre de petit-fils ?

R. Oui ; il n'est pas même nécessaire que l'on ait un fils en sa puissance pour adopter une personne à titre de petit-fils ; ni que l'adopté prenne dans la famille de l'adoptant le même degré qu'il avait dans celle de son père naturel.

Cependant les enfants de l'adrogé prennent nécessairement, dans la famille de l'adrogeant le degré inférieur à celui qu'ils avaient dans celle de leur père ; celui-ci devenant fils, ils deviennent petits-fils, etc.

D. L'adoptant ne peut-il pas désigner celui de ses enfants à qui il veut donner l'adopté pour fils ?

R. Oui, mais il faut obtenir le consentement du fils que l'on veut faire considérer comme père de l'adopté, et qui, en cette qualité, doit l'avoir en sa puissance au décès de l'adoptant ; car ceux qu'un père de famille a sous sa puissance ne doivent jamais y être malgré lui. Sans ce consentement, l'adopté à titre de petit-fils serait considéré comme neveu de tous les fils de l'adoptant.

D. L'adoptant pourrait-il émanciper ou donner en adoption son enfant adoptif ?

R. Oui ; mais l'adoptant ne peut lui reprendre, par une seconde adoption, la puissance dont il s'est démis, tandis que le père naturel peut encore adopter l'enfant qu'il a émancipé ou donné en adoption (L. 37, § 1 ; L. 12, *D. de adoptionibus et emancipationibus).*

D. L'impuissance empêche-t-elle d'adopter ?

R. Non ; cependant les castrats qui ne peuvent contracter de justes noces, ne peuvent non plus adopter.

D. Les femmes pouvaient-elles adopter ?

R. Dans l'ancien droit, les femmes étaient absolument incapables d'adopter, parce qu'elles n'avaient pas même de puis-

sance sur leurs enfants naturels. Mais on a permis aux femmes de remplacer par adoption, et avec la permission du prince, les enfants naturels qu'elles auraient perdus. Toutefois, ce n'est là qu'une adoption imparfaite qui laisse l'adopté dans sa famille naturelle, tout en l'assimilant, quant aux droits héréditaires, aux enfants que l'adoptante aurait eus de justes noces.

D. Un affranchi ou un esclave peuvent-ils être adoptés ?

R. L'affranchi ne peut être adopté que par son patron, et seulement lorsque celui-ci n'a pas de postérité (L. 3, C. *de adoptionibus*). L'esclave, n'étant ni père ni fils de famille, ne peut être adopté ; cependant, lorsqu'il est adopté par son maître, cette adoption a l'effet d'un affranchissement. Justinien a même déclaré qu'il suffirait que le maître eût donné le titre de fils à un esclave, dans un acte public, pour que cet esclave devînt libre (voy. tit. v).

TITRE XII.—*De quelles manières se dissout le droit de puissance paternelle.*

D. De quelles manières se dissout la puissance paternelle ?

R. Elle se dissout, indépendamment de toute volonté : 1o par la mort du père ou du fils de famille ; 2o par la perte de la liberté ou des droits de cité éprouvée, soit par le père, soit par le fils de famille ; 3o par l'élévation du fils à certaines dignités,—avec la volonté du père et du fils de famille ; 4o par l'émancipation ; 5o par l'adoption.

D. Quels étaient, quant aux droits de puissance paternelle, les effets de la mort du père et du fils de famille ?

R. La mort du fils de famille ne faisait cesser la puissance paternelle que par rapport à lui ; mais la mort du père de famille libérait de sa puissance tous les enfants qui s'y trouvaient soumis ; chacun d'eux devenait maître de lui-même (*sui juris*), et chef d'une famille particulière. Toutefois, il faut distinguer : à la mort du père, les enfants du premier degré devenaient bien toujours *sui juris ;* mais il n'en était pas toujours de même des enfants des degrés inférieurs ; à la mort de l'aïeul, ses petits-enfants retombaient sous la puissance de leur père, toutes les fois que celui-ci se trouvait encore sous la puissance du défunt. La mort de l'aïeul ne rendait donc les petits-enfants *sui juris* que lorsqu'à cette épo-

que leur père était prédécédé ou était sorti de la famille d'une manière quelconque.

D. La perte de la liberté, ou seulement des droits de cité, n'entrainaît-elle pas. quant à la puissance paternelle, les mêmes effets que la mort ?

R. Oui ; la puissance paternelle était au nombre des droits civils, et par cela seul qu'un père ou qu'un fils de famille perdait sa qualité de citoyen, il était considéré comme mort pour tous les droits civils. Il en était, à plus forte raison, de même de la perte de la liberté, qui entraînait celle de tous les droits.

D. Comment un citoyen romain perdait-il cette qualité pour devenir étranger ?

R. Un citoyen devenait étranger : 1o quand il avait quitté Rome, sans esprit de retour, et s'était fait recevoir citoyen d'une autre cité (1) ; 2o lorsqu'on lui avait interdit l'eau et le feu pour le forcer à s'expatrier ; car, d'après les anciens principes, on ne pouvait pas ôter le droit de cité à un Romain malgré lui (2) : on ne l'expulsait donc pas par la violence, mais on le privait des choses nécessaires à la vie, pour l'obliger à s'éloigner de lui-même. L'interdiction du feu et de l'eau a été remplacée par la déportation dans une île.

D. Le déporté ne peut-il pas recouvrer les droits de cité ?

R. Oui, le déporté peut recouvrer les droits de cité par le rappel du prince. Ce rappel ne rend les droits civils que pour l'avenir, sans rétablir ceux qui ont été perdus par la déportation, à moins que le prince n'ait accordé expressément une restitution entière (*per omnia*) ; le déporté reprenait alors son ancien état, et par conséquent la puissance paternelle qu'il avait perdue.

D. Faut-il confondre la déportation avec la rélégation ?

(1) Cicéron (*pro Balbo*, 11), disait : *Duarum civitatum civis esse, nostro jure civili, nemo potest : non esse hujus civitatis, qui se alii civitate dicarit, potest.* C'est pour cela qu'autrefois les citoyens qui allaient fonder des colonies dans le Latium, et plus tard dans les provinces, perdaient la qualité de citoyen romain et devenaient des *Latini colonarii.*

(2) C était une des garanties établies par les lois Valériennes, en faveur des plébéiens.

R. Non ; la rélégation, espèce d'exil rarement perpétuel, ne faisait pas perdre le titre de citoyen, et laissait, par conséquent, au condamné, tous ses droits de famille (1).

D. Vous avez expliqué, au titre III, de quelle manière se perd la liberté, et vous avez cité parmi ces manières la captivité. N'a-t-on pas imaginé des fictions pour faire disparaître les effets de la captivité d'un citoyen romain ?

R. Oui, on a imaginé une fiction, appelée droit de retour (*jus postliminii*), par laquelle le captif, qui vient à s'échapper ou à être repris sur les ennemis, est réputé n'avoir jamais été en leur pouvoir, et, par conséquent, avoir conservé tous ses droits civils. L'état des enfants est donc en suspens pendant la captivité du père : si celui-ci revient, ils ne seront jamais sortis de sa puissance ; s'il meurt, ils auront été *sui juris* dès l'instant de sa captivité (2).

D. Quelles étaient les dignités qui libéraient les enfants de la puissance paternelle ?

R. Aucune dignité, autre que celle de flamine ou de vestale, ne pouvait libérer jadis de la puissance paternelle. Justinien a attaché cet effet d'abord à la dignité de patrice (3), et, plus tard, par une novelle, à la dignité d'évêque, de consul, et généralement à toutes celles qui dispensent des charges de la curie. Du reste, et par un privilège particulier, les enfants devenus *sui juris* par les dignités ne perdent pas leurs droits de famille, comme cela arrive ordinairement à ceux qui sont libérés de la puissance paternelle avant la mort du chef (4) : ils sont toujours comptés dans la famille comme agnats ; et lorsque le chef vient à mourir, ils lui succèdent,

(1) Ovide relégué disait :

Nec mihi jus civis, nec mihi nomen abest.

(2) On explique quelquefois cette dernière décision par une fiction tirée de la loi *Cornelia ;* mais cette fiction, en vertu de laquelle un prisonnier était réputé mort à l'instant de sa captivité, n'avait pour objet que de faire valoir le testament fait avant cette captivité ; elle est ici tout à fait inutile, parce que la dissolution de la puissance paternelle est la suite naturelle de la captivité et de l'esclavage où est tombé le père de famille (voy. *M. Ducaurroy*, nº 196).

(3) Le titre de *patrice*, créé par Constantin, était donné à certains personnages éminents que l'empereur choisissait pour conseillers intimes.

(4) Lorsque la puissance paternelle est dissoute par la mort du chef de famille ou par la perte qu'il éprouve des droits de cité ou de liberté,

et leurs enfants, s'ils en ont, retombent sous leur puissance, comme si le dignitaire n'était devenu *sui juris* que par la mort du chef de famille. (*Nov.* 91, cap. II.)

D. Qu'est-ce que l'émancipation ?

R. C'est un acte solennel par lequel un père de famille se démet de sa puissance sur un enfant pour le rendre *sui juris*.

D. Quelles étaient les formes de l'émancipation ?

R. Les formes de l'émancipation n'ont pas toujours été les mêmes, et l'on distingue, par conséquent, trois sortes d'émancipation.

1o L'émancipation *ancienne*, qui s'opérait par une ou plusieurs mancipations, suivies d'un ou plusieurs affranchissements (*per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones*).—Il n'y a pas un mode particulier pour libérer directement les enfants de la puissance paternelle, comme il y en avait pour affranchir les esclaves de la puissance dominicale. Mais voici le moyen indirect qu'on employait. Le père vendait (par la mancipation) son fils à un tiers, en convenant (*contracta fiducia*) que l'acheteur, qui acquérait ainsi l'espèce de puissance dominicale appelée *mancipium*, affranchirait l'enfant par la vindicte. Cet affranchissement opéré, le fils retombait sous la puissance paternelle (1), mais il était revendu, et affranchi une seconde fois par l'acheteur. Enfin, intervenait une troisième vente, qui éteignait définitivement les droits du père ; l'acheteur libérant ensuite le fils du *mancipium*, celui-ci se trouvait *sui juris*, puisque personne n'avait plus de puissance sur lui.—Une seule vente suffisait pour libérer les filles et les petits-fils de la puissance paternelle, un seul affranchissement opéré par l'acheteur suffisait pour rendre l'enfant *sui juris* (2).—Comme c'était par l'affran-

les enfants, quoique devenus *sui juris*, ne sortent point de la famille, qui se décompose en plusieurs familles particulières, sans que le lien d'agnation soit rompu (voy. le titre XV ci-après).

(1) Nous avons expliqué (tit. IX, *note* 3), que, d'après la loi des Douze Tables, ce n'était que par trois ventes successives que le père épuisait sa puissance paternelle.

(2) On voit que les formes de l'émancipation ancienne ne différaient de celles de l'adoption qu'en ce que, au lieu de revendiquer l'enfant par la *cessio in jure*, l'acheteur l'affranchissait par le procès simulé de la *vindicta*. — Toutes ces formes avaient pour but de substituer à la

chissement que l'enfant devenait *sui juris*, l'affranchissant acquérait sur lui tous les droits du patronage (§ 6, *in fine*). Aussi, en faisant la mancipation qui devait épuiser sa puissance paternelle, le père y mettait ordinairement la condition (*fiducia contracta*) que l'acheteur lui rémanciperait l'enfant, afin que, n'étant plus considéré comme père, mais comme un acheteur ordinaire, il pût lui-même affranchir son enfant du *mancipium*, et acquérir ainsi les droits de patron.

2o L'émancipation *anastasienne*, qui consistait à obtenir un rescrit de l'empereur autorisant l'émancipation, et à la faire insinuer par le magistrat aux mains duquel il était déposé. — Ce mode, introduit par Anastase, offrait le moyen d'émanciper un enfant absent : ce qu'on ne pouvait faire par l'émancipation ancienne, parce qu'il fallait, d'après les formes de la mancipation, tenir avec la main l'objet vendu (*Gaius*, I, 121).

3o L'émancipation *justinienne*, qui résulte d'une simple déclaration faite par le père de famille devant le magistrat, sans qu'il soit besoin d'une autorisation (*recta via*).

D. Justinien conserva-t-il au mode d'émancipation qu'il avait introduit, les mêmes effets qu'avaient les émancipations ancienne et anastasienne ?

R. Oui ; Justinien conserva à l'émancipation les effets qu'elle tenait de son ancienne forme · il décida qu'elle attribuait au père de famille les droits du patron, comme si elle avait eu lieu au moyen de l'émancipation faite *contracta fiducia*, et suivie d'une revente au père et d'un affranchissement opéré par celui-ci.

D. L'émancipé ne peut-il jamais être privé du bénéfice de l'émancipation ?

R. L'ingratitude peut lui faire perdre le bénéfice de l'émancipation, comme elle fait perdre à l'affranchi le bénéfice de la manumission.

puissance paternelle le *mancipium*, sorte de puissance dominicale susceptible de se dissoudre par le même moyen que l'esclavage, dont il ne différait probablement pas beaucoup dans le principe. Mais, le *mancipium* ayant perdu, avec le temps, son caractère primitif, la mancipation d'un enfant avait fini par être fictive, et n'avait d'autre utilité que de conduire à l'émancipation ou à l'adoption : Justinien ayant permis d'adopter et d'émanciper directement par simple déclaration devant le magistrat, le *mancipium*, devenu inutile, a dû être supprimé.

D. Quand l'adoption peut-elle être regardée comme une manière de dissoudre la puissance paternelle ?

R. Lorsqu'elle fait passer l'adopté de la puissance de son père dans celle de l'adoptant ; ce qui a lieu dans l'adrogation pour les enfants de l'adrogé, et dans l'adoption proprement dite, suivant la distinction établie par Justinien, lorsque l'adoptant est un ascendant de l'adopté.

D. A quelle famille appartient l'enfant légitime né d'un fils émancipé ou donné en adoption ?

R. Il appartient à la famille à laquelle son père appartenait au moment de la conception. Si donc il a été conçu avant l'émancipation, quoique né postérieurement, il appartiendra à la famille de son aïeul ; s'il avait été conçu depuis l'émancipation, il serait sous la puissance de son père.

D. Le père de famille peut-il, en émancipant son fils ou en le donnant en adoption, retenir son petit-fils en sa puissance, et réciproquement ?

R. Oui ; et l'aïeul n'est point obligé d'obtenir le consentement de son fils, pour émanciper ou donner en adoption son petit-fils ; mais l'émancipation, non plus que l'adoption, ne peut s'opérer malgré celui que le père de famille veut libérer de sa puissance ; il faut qu'il y donne son consentement exprès ou tacite *(præsente eo et non contradicente)*.

D. Les enfants peuvent-ils forcer le père de famille à se démettre de sa puissance ?

R. Non, du moins en général ; car il y a quelques exceptions. Ainsi : 2o l'impubère, donné en adrogation, pourrait se faire émanciper si, parvenu à l'âge de puberté, il démontrait que l'adrogation ne lui est pas avantageuse ; il en serait de même 2o des enfants qui seraient maltraités par leur père, et 3o de la fille que son père prostituerait malgré elle.

TITRE XIII. —*Des tutelles.*

D. Comment divise-t-on les personnes *sui juris*, au point de vue de leur plus ou moins de capacité à se gouverner et à exercer leurs droits ?

R. On les divise en trois classes : les unes sont en tutelle *(in tutelâ)* ; les autres en curatelle *(in curatione)*, d'autres

enfin n'ont ni tuteur ni curateur, et jouissent de la plénitude de leurs droits (1).

D. Qu'est-ce que la tutelle ?

R. Les Institutes la définissent (d'après Servius), un pouvoir *(vis ac potestas)*, sur une tête libre *(in capite libero)* : que la loi civile donne ou permet de donner *(jure civili data ac permissa)*, pour protéger celui qui, à cause de son âge *(propter ætatem)*, ne peut se défendre lui-même (2).

D. Pourquoi dit-on : *sur une tête libre ?*

R. Parce que la tutelle ne s'exerce que sur les personnes libres, non seulement de la puissance dominicale, mais de la puissance paternelle. Il n'y a que les impubères *sui juris* qui soient en tutelle (3). • Ils prennent alors le nom de pupilles.

D. Pourquoi dit-on que la tutelle est un pouvoir *donné ou permis par la loi civile ?*

R. Si ce n'est pas un simple pléonasme, on peut admettre que c'était l'indication des deux espèces de tutelles qui avaient été instituées par la loi des Douze Tables. D'après cette loi, en effet, il était permis au père de famille de nommer par testament un tuteur à son fils impubère (voy. la suite de ce titre et le suivant) ; et si le père n'avait pas usé de cette faculté, la tutelle était déférée par la loi elle-même aux agnats (v. titre XV). Il n'y avait donc primitive-

(1) La condition des personnes *sui juris* variait, suivant leur âge. On distinguait à cet égard trois périodes : 1o celle de l'impuberté, qui durait jusqu'à quatorze ans pour les hommes, jusqu'à douze ans pour les femmes, et pendant laquelle on était en tutelle ; 2o celle de la simple minorité, qui durait depuis la puberté jusqu'à vingt-cinq ans, et pendant laquelle on était en curatelle (voy. le tit. XXIII ci-après ; 3o celle de la majorité, pendant laquelle, à moins de circonstances particulières, comme la démence ou la prodigalité, on avait le plein et libre exercice de ses droits.

(2) " Tutela est vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum " qui propter ætatem se defendere nequit, jure civili data ac per- " missa." (*Inst.*, t. XIII, § 1).—Bien que créée par le droit civil, *jure civili*, remarquons que la tutelle s'appliquait non seulement aux citoyens romains, mais encore aux Latins Juniens, soit qu'ils fussent investis de la tutelle, soit qu'ils y fussent soumis (*Fragm. Vatic.*, § 193 ; *Gaius*, I, § 167).

(3) Les personnes *alieni juris* trouvent leur protection dans le chef dont elles dépendent, et n'ont pas besoin d'un autre protecteur.

ment que deux espèces de tutelle : la tutelle *légitime (data)* et la tutelle *testamentaire (permissa.)*. Mais, plus tard, il y en eut une troisième, qui fut établie par des lois spéciales (v. tit. XV), et qu'on appela *dative*, parce qu'elle était donnée par les magistrats.

D. Pourquoi dit-on que la tutelle est donnée *pour protéger*, etc.

R. C'est pour distinguer la tutelle de la puissance paternelle, et pour indiquer qu'à la différence de la puissance paternelle, qui donnait au père de famille la propriété des biens, et primitivement même de la personne de celui qui y était soumis, la tutelle, simple pouvoir de protection, n'avait pour but que de conserver les biens au pupille et de défendre sa personne (*tutores quasi tuitores*).

D. Enfin, pourquoi dit-on que la tutelle a pour but de protéger ceux qui ne pouvaient pas se défendre *à cause de leur âge* (*propter ætatem*) ?

R. On pourrait croire, si la définition des Institutes n'était pas empruntée à un ancien jurisconsulte, à Servius, que c'était pour indiquer qu'il n'existait plus, du temps de Justinien, qu'une tutelle donnée à raison de l'âge, tandis qu'autrefois il y avait une tutelle donnée à raison du sexe (1). Mais le *propter ætatem* semble avoir plutôt pour objet d'indiquer, qu'à la différence de la curatelle, qui (comme nous le verrons au titre XXIII) se donnait quelquefois à raison de la démence ou de quelques autres circonstances particulières, la tutelle ne se donne jamais qu'à raison de l'âge. Il n'y a, en effet, que les impubères qui y soient soumis (v. tit. XXII).

D. A quels enfants un père de famille peut-il nommer des tuteurs par testament ?

R. Il ne peut en nommer qu'aux enfants qui sont sous sa puissance immédiate, et qui, par conséquent, ne tomberont

(1) Dans l'ancien droit, en effet, les femmes qui n'étaient pas sous la puissance paternelle, étaient en tutelle perpétuelle. Cette tutelle perpétuelle, à laquelle Gaius ne voyait plus de raison suffisante (C. I, § 144, 190), était fondée sur des motifs politiques qui n'avaient plus de valeur dans son temps. Elle avait pour but d'empêcher les femmes de disposer de leurs biens, et d'en assurer ainsi le retour à la famille masculine, aux agnats (voy. p. 12). Cette institution tomba en désuétude vers la fin de la 3e période, ou au commencement de la 4e période de l'histoire du droit romain.

pas, à sa mort, sous la puissance d'un autre. Si donc mon fils n'a pas été émancipé, je ne puis point donner de tuteur testamentaire aux petits-enfants que j'ai de lui, quoiqu'ils soient sous ma puissance, parce qu'après ma mort, ils tomberont sous la puissance de leur père.

D. Le père de famille peut-il donner par testament un tuteur aux enfants posthumes, c'est-à dire, nés après sa mort ?

R. Oui ; car, quoique les posthumes soient au nombre des personnes incertaines, et que les personnes incertaines ne puissent être l'objet d'une disposition testamentaire (ainsi que nous le verrons au titre *des legs*), les enfants conçus sont souvent (*compluribus casuis*), et particulièrement ici, considérés comme déjà nés. Le père de famille peut donc nommer un tuteur testamentaire aux posthumes, mais seulement dans le cas où il pourrait en nommer un à un enfant né, c'est-à-dire dans le cas où, en les supposant nés, les posthumes auraient été sous la puissance immédiate du testateur ; c'est ce que le texte exige, en disant que les posthumes devraient être, dans la supposition de leur naissance, *ses héritiers siens* (*sui heredes*) (1).

D. Lorsque le père donne un tuteur testamentaire à un enfant émancipé sur lequel il n'a aucune puissance, cette nomination produit-elle quelque effet ?

R. Elle n'en produit aucun par elle-même ; mais elle est confirmée par le magistrat sans examen (*sine inquisitione*). Il en serait de même si la nomination avait été faite par le père dans un acte nul par vice de forme. Si le tuteur testamentaire avait été donné par toute autre personne que le père, la nomination pourrait être aussi confirmée par le magistrat, mais seulement après examen, et lorsque le testateur a institué le pupille pour héritier (L. I, § 1 ; D. I. 4, *de confirm. tut.*).

Titre XIV.—*Quels tuteurs on peut donner par testament.*

D. Qui peut-on nommer par testament ?

R. La première condition pour être nommé tuteur par

(1) On appelait *héritiers siens* les personnes soumises à la puissance du père de famille, et qui, en même temps, étaient ses héritiers, parce qu'elles étaient soumises à sa puissance immédiatement, comme le petit-fils dont le père avait été émancipé (voy. liv. II, t. XIII et XIV).

testament, c'est d'avoir la qualité de citoyen (1). Il faut de plus être apte à remplir les charges publiques, car la tutelle en est une (2).

D. Peut-on nommer tuteur un fils de famille ?

R. Oui *(sed etiam filius familias)* ; car les fils de famille sont capables de remplir les charges publiques, à l'égard desquelles ils sont considérés comme *sui juris (in publicis causis loco patris familias habetur)* (L. 9, D. *de his qui sui)* (3).

D. Peut-on nommer pour tuteur un esclave ?

R. Non, du moins tant qu'il reste esclave ; car si l'on a faction de testament avec un esclave du chef de son maître, un esclave n'est capable d'aucune charge publique ; mais on peut nommer son propre esclave tuteur, en lui donnant en

(1) C'est ce que les textes expriment, en disant qu'on ne peut nommer tuteurs que ceux avec qui on a la faction de testament, *cum quibus testamenti factio est* (L. 61, D. *de testam tut*), c'est-à-dire en faveur de qui on peut faire des dispositions testamentaires ; car on n'a pas la faction de testament avec les étrangers.— Quoique, depuis Justinien, on ait la faction de testament avec les personnes incertaines, on ne peut leur conférer la tutelle (voy. le titre *des legs*).

Seuls, les citoyens romains peuvent être appelés à la tutelle testamentaire, à l'exception même des Latins Juniens. Cela résulte formellement du texte suivant d'Ulpien (Fragm. IX, § 16, Regul.) : *Testamento tutores dari possunt his cum quibus testamenti faciendi jus est, præter Latinum Junianum : nam Latinus habet quidem testamenti factionem, sed tamen tutor dari non potest : id enim lex Junia prohibet.*—Plusieurs auteurs ont donné à ce texte une portée plus grande que celle qu'il nous paraît avoir, et en ont tiré la conséquence que les citoyens romains seuls pouvaient être investis de la tutelle même *non testamentaire*. Cette doctrine est évidemment combattue par d'autres textes relatifs à la tutelle des Latins Juniens que nous avons cités déjà, tit. XIII, *note* 2.—Nous pensons donc que le texte d'Ulpien ne doit pas être étendu au delà de ses termes, et qu'on ne doit en faire l'application qu'à la tutelle testamentaire. Voy. *Demangeat*, t. I, p. 337 ; *Accarias*, p. 257.

(2) C'est pourquoi la tutelle n'est donnée qu'aux hommes (*tutela plerumque virile officium est*) (L. 16, D. *de tut.*). Les femmes n'y sont appelées qu'exceptionnellement, quand le prince accorde à une mère la tutelle de ses enfants (L. 18, *eod. t.*).— Par la Nov. 118, ch. V, Justinien a réglementé le droit de la mère et de l'aïeule, en les appelant à la tutelle dans l'ordre suivant lequel elles sont appelées à la succession, c'est-à-dire après les descendants.—Le muet et le sourd étaient incapables d'être tuteurs (L. I, §§ 2 et 3, D. *de tut.*).

(3) Et, d'un autre côté, on a faction de testament avec eux, bien qu'ils acquièrent pour leur père ce qui leur est donné.

même temps la liberté (*cum libertate*) ; depuis Justinien, il n'est même plus nécessaire qu'on lui donne expressément la liberté, parce qu'en le nommant tuteur, on témoigne assez la volonté de l'affranchir (1), nul ne pouvant être tuteur qu'un homme libre. Cependant la nomination serait sans effet si le testateur avait nommé un de ses esclaves qu'il croyait libre, parce qu'on ne pourrait pas lui supposer l'intention d'affranchir un homme qu'il ne regardait pas comme son esclave ; il en serait de même si le testateur avait nommé son esclave *pour le temps où il serait libre ;* un semblable délai est exclusif de l'intention d'affranchir.

D. Peut-on nommer tuteur l'esclave d'autrui ?

R. On ne peut le nommer tuteur que *pour le temps où il serait libre ;* mais cette condition est réputée exister tacitement, à moins que les circonstances ne prouvent que le testateur avait voulu faire une nomination pure et simple, auquel cas elle serait nulle (L. 9, C. *de fideic. libert.*).

D. Pourrait-on nommer tuteur un fou ou un mineur de vingt-cinq ans ?

R. Oui, mais seulement pour le temps où ils auront recouvré la raison ou atteint l'âge requis ; cette condition se présume jusqu'à preuve contraire.

D. De quelle manière peut être faite la nomination du tuteur testamentaire ?

R. Cette nomination peut être faite purement et simplement, ou sous condition ; on peut limiter la durée de la tutelle (*ad certum tempus*), ou ne la faire commencer qu'à une époque déterminée (*ex certo tempore*).

D. Pouvait-elle être faite avant l'institution d'héritier ?

R. Tout testament, pour être valable, doit renfermer une institution d'héritier. Dans l'ancien droit, on regardait comme nulles et hors du testament toutes les dispositions qui étaient écrites avant cette institution ; de sorte que la nomination d'un tuteur paraissait aux Sabiniens ne pouvoir pas précéder l'institution d'héritier ; mais les Proculéiens admet-

(1) Avant Justinien, cette volonté tacite n'aurait pas donné directement la liberté à l'esclave ; mais il en serait résulté un fidéicommis par suite duquel l'héritier institué aurait été obligé d'affranchir l'esclave (L. 5, C. *de fideic., lib. ; M. Ducaurroy*, p. 184).

taient pour ce cas une exception fondée sur ce que la nomination d'un tuteur ne distrait rien de l'hérédité, et n'impose aucune charge à l'héritier (*Gaius*, 2, § 231). Justinien a dû confirmer cette dernière opinion, lui qui a décidé, en règle générale, qu'il n'importait nullement que les dispositions testamentaires fussent écrites avant ou après l'institution d'héritier (voy. tit. *des legs*).

D. Le testateur peut-il restreindre la tutelle à un bien ou à une affaire déterminée ?

R. Non ; ce serait dénaturer le pouvoir de tuteur, qui est donné à la personne et non aux biens du pupille. Ce n'est que par suite de la protection qu'il doit à la personne que le tuteur doit étendre ses soins aux biens du pupille. Cependant, si le pupille possède des biens en différents pays, on peut lui nommer un tuteur pour le patrimoine de chaque province ; mais alors c'est plutôt l'administration que la tutelle même qui est divisée.

D. Lorsque le testateur a nommé des tuteurs à ses *fils* ou *filles*, cette expression comprend-elle les posthumes ?

R. Oui.

D. Comprendrait-elle les petits-enfants (*nepotes*) ?

R. Non ; il en serait autrement si le testateur s'était servi du mot *liberi* (enfants), qui est plus étendu ; le mot *posteri* comprendrait les enfants de tous les degrés, soit nés, soit posthumes. Du reste, la signification de ces mots n'est pas absolument invariable ; elle peut être déterminée par les circonstances.

TITRE XV. — *De la tutelle légitime des agnats.*

D. Quand y a-t-il lieu à la tutelle légitime des agnats ?

R. La loi des Douze Tables confère la tutelle aux agnats, lorsque le père de famille est mort *intestat* relativement à la tutelle, c'est-à-dire non seulement lorsque le père de famille n'a point fait de testament, ou n'en a fait qu'un nul, mais encore lorsque, dans son testament, il n'a pas nommé de tuteur, ou que le tuteur nommé est mort avant le testateur.

D. Lorsque le tuteur testamentaire a été nommé à terme ou sous condition, y a-t-il lieu, dans l'intervalle, à la tutelle légitime des agnats ?

R. Non ; la tutelle est déférée à un tuteur datif, c'est-à-dire nommé par le magistrat. En règle générale, tant qu'il est possible d'espérer un tuteur testamentaire, on n'admet point les tuteurs légitimes. Si le tuteur testamentaire avait été nommé pour un temps déterminé, à l'expiration de ce temps, il y aurait lieu à la tutelle légitime ; car le père de famille serait vraiment *intestat* pour le temps qui resterait à courir jusqu'à la puberté du pupille.

D. Quels sont les agnats d'un pupille ?

R. Sont agnats d'un pupille les personnes qui, à la mort du père de famille, se trouvaient avec lui sous la puissance du défunt.

D. Le lien qui unissait les personnes qui se trouvaient sous la puissance du père de famille, n'était donc pas entièrement rompu par la mort de celui-ci ?

R. Non ; toutes les personnes qui devenaient *sui juris* par la mort du père de famille devenaient bien chefs d'autant de familles particulières (*domus*), mais elles continuaient à former une famille générale, dont les membres avaient toujours un titre commun, celui d'agnats (1).

D. Justinien ne donne-t-il pas une autre définition des agnats ?

R. Oui, il les définit : les parents qui tiennent l'un à l'autre par des personnes du sexe masculin. Mais cette définition, juste en ce sens qu'elle exclut de l'agnation les parents unis par des personnes du sexe féminin, parce qu'en effet les enfants d'une femme qui est dans la même famille que moi n'entrent point dans notre famille et sont seulement mes *cognats*, cette définition, dis-je, est inexacte en ce que des parents par mâles peuvent n'être pas mes agnats. En

(1) Aussi le mot famille a-t-il deux significations (L. 195, § 2, ff. *de verbo signif.*). Une famille générale (*nomen*) peut se diviser en plusieurs familles particulières, qui peuvent elles-mêmes se subdiviser. Ainsi la famille *Cornelia* se divisait en six familles particulières : la famille des *Scipions*, celle des *Lentulus*, celle des *Scylla*, etc. La famille des Scipions se subdivisait elle-même en quatre familles ou maisons particulières (*domus*), qui avaient pour chefs *Scipio Africanus, Scipio Nasica, Scipio Hispanus* et *Scipio Asiaticus*. Les membres de ces familles particulières étaient agnats, parce qu'en supposant l'auteur commun vivant, ils se trouvaient tous sous sa puissance.

effet, on peut perdre l'agnation sans perdre la cognation ou parenté naturelle (§ 3, comme nous le verrons au titre suivant).

D. La tutelle légitime est-elle déférée à tous les agnats ?

R. Non : elle est (comme la succession) déférée à l'agnat ou aux agnats du degré le plus proche (1).

TITRE XVI. — *De la diminution de tête.*

D. Qu'est-ce qu'une diminution de tête (*capitis deminutio*) ?

R. C'est la perte de l'un des éléments qui constituent l'état d'un citoyen (*status*).—Or, l'état d'un citoyen romain se composait essentiellement de trois éléments : la liberté, la cité et la famille (2). Il y avait aussi trois diminutions de têtes : la grande, la moindre ou moyenne et la petite.

D. Quand avait lieu la grande diminution de tête ?

R. Quand un citoyen perdait la liberté. Car la perte de la liberté entraîne nécessairement celle des deux autres éléments du *status*, de la cité et de la famille (3).

D. Quand avait lieu la moyenne diminution de tête ?

R. Quand un citoyen perdait les droits de cité en conservant la liberté ; ce qui arrivait à celui à qui on avait interdit l'eau et le feu, ou qui était déporté dans une île. — La perte du droit de cité emporte toujours celle des droits de famille.

D. Quand avait lieu la petite diminution de tête ?

R. Quand un citoyen changeait seulement de famille, en conservant les droits de liberté et de cité ; ce qui arrivait à

(1) A défaut d'agnats, la tutelle était déférée, d'après la loi des Douze Tables, aux *Gentiles*. — Il ne nous est pas parvenu de documents bien complets sur le caractère et la portée du lien qui unissait les Gentiles entre eux.—D'après l'opinion la plus accréditée, ce lien provenait des rapports établis entre une famille d'ingénus et la famille d'un affranchi qui devait la liberté au chef de la première (voy. *Ortolan*, t. II, nº 193 ; *Demangeat*, t. I, p. 349 ; *Accarias*, nos 96 et 132).

(2) Point de citoyen sans la liberté, la cité, et une famille dans laquelle il était ou chef ou dépendant.

(3) Nous avons vu, tit. III, de quelles manières on tombait en esclavage.

un père de famille lorsqu'il entrait dans la famille d'un autre par adrogation ou par légitimation, et à un fils de famille lorsqu'il était émancipé ou qu'il passait dans une famille adoptive (1).

D. D'où vient cette dénomination de *diminution de tête* ?

R. Elle vient de ce que, toutes les fois qu'un changement d'état s'opère, la famille, la cité ou la classe des hommes libres est diminuée d'une tête. On a rapporté à l'individu ce qui devait se dire de la corporation, et par inversion, on a appelé *capite minutus* celui par qui s'opère la diminution (2).

D. L'affranchissement d'un esclave opère-t-il une diminution de tête ?

(1) Dans le cas d'une grande ou d'une moyenne diminution de tête, l'état de citoyen romain était détruit (*status amittitur*). Dans le cas d'une petite diminution de tête, l'état de citoyen subsistait toujours, mais il était modifié, puisqu'on avait changé de famille (*status commutatur*, § 3).

(2). C'est là l'explication généralement admise.—Niebuhr en donne une autre. Selon lui, chaque citoyen avait, sur le registre des censeurs, un chapitre (*caput*) où il était inscrit, soit comme chef, soit comme fils de famille. Lorsqu'un citoyen perdait sa liberté ou seulement la cité, on biffait son nom. Il était déchu de son chapitre (*capite minutus*). Pareillement, lorsqu'un citoyen passait d'une famille dans une autre, il était rayé du chapitre consacré à la famille qu'il quittait il y avait *capitis deminutio*. — M. de Fresquet, traduit *capitis deminutio* par *diminution de capacité*. Cette expression paraît juste. Toute *capitis minutio* implique, en effet, une déchéance juridique. Cela est vrai, même pour l'émancipé, dont la capacité semble augmenter plutôt que diminuer, puisque d'*alieni* il devient *sui juris*. Car non-seulement, comme M. de Fresquet le fait remarquer après M. de Savigny, l'émancipé, pour arriver à être *sui juris*, devait passer par le *mancipium*, c'est à-dire par un esclavage fictif (*in imaginariam servitem causam deductus*) (L. 3, § 1, D. *de cap. min.*) entraînant une sorte de dégradation, au moins dans la forme ; mais l'émancipé éprouve une déchéance relativement à la famille qu'il quitte, puisqu'il n'a plus, dans cette famille, les droits de succession et autres attachés à l'agnation. C'est ce qui explique comment les fils de l'adrogé, qui passent avec lui sous la puissance de l'adrogeant, éprouvent une *capitis minutio*, quoiqu'ils n'aient pas passé par le *mancipium*, et quoique leur condition semble la même, puisqu'ils sont toujours *alieni juris*. Ils sont déchus de leurs droits d'agnation dans l'ancienne famille de leur père (*familiam mutaverint*, L. 3, D. *eod. tit.*).

R. Non ; l'esclave n'étant point membre de la famille (*nullum caput habent*), sort, par l'affranchissement, de la puissance du maître, sans faire éprouver à la famille aucune diminution de tête.

D. Par cela seul qu'un sénateur est dépouillé de sa dignité, éprouve-t-il une diminution de tête ?

R. Non ; car les dignités sont des qualités accessoires, pouvant se trouver chez l'un, ne pas se trouver chez l'autre, et n'entrant nullement dans la constitution de l'état de citoyen romain, qui existe sans elles.

D. Quels sont les effets de la diminution de tête relativement aux titres d'agnat ou de cognat ?

R. Le titre d'agnat se perd (1) par toute espèce de diminution de tête ; car ce titre, étant commun à tous les membres d'une même famille, doit être perdu pour quiconque sort de la famille, ne fût-ce que par la petite diminution de tête. Le titre de cognat, indépendant du lien de famille, ne se perd que par la grande et la moyenne diminution de tête : il se perd, dans ces deux cas, en ce sens que le lien du sang, qui, à proprement parler, ne se dissout jamais, ne produit plus aucun des effets civils qui y sont attachés.

TITRE XVII.—*De la tutelle légitime des patrons.*

D. A qui était déférée la tutelle légitime des affranchis ?

R. On ne pouvait pas appliquer à l'affranchi impubère la tutelle légitime des agnats ; car l'esclave n'ayant point de famille, n'avait point d'agnat au moment de son affranchissement. Mais, d'après l'esprit de la loi des Douze Tables, la tutelle d'un affranchi était déférée à son patron ou aux enfants de celui-ci.

D. Pourquoi dites-vous *d'après l'esprit de la loi des Douze Tables* ?

R. C'est que la loi des Douze Tables n'avait pas une disposition expresse sur la tutelle des patrons ; mais l'interprétation l'avait introduite d'après l'esprit de cette loi, et on

(1) Presque toujours du moins, *plerumque*, dit le paragraphe dernier du titre précédent. Cette restriction a été ajoutée par Tribonien, parce que, depuis Anastase, les émancipés conservent leurs droits d'agnation envers leurs frères et sœurs (voy. liv. III, tit. II).

l'avait appelée *légitime*, comme si elle avait été déférée par le texte même de la loi. — En effet, le plus proche agnat, appelé à la tutelle, est également appelé à l'hérédité du pupille, lorsque celui-ci vient à mourir. Les prudents pensèrent que la loi avait voulu mettre la charge de la tutelle là où était l'espérance de l'hérédité, parce qu'effectivement l'héritier présomptif a intérêt à veiller à la fortune du pupille, puisqu'elle peut lui revenir un jour. Or, comme la loi des Douze Tables déférait au patron, puis à ses enfants, la succession *ab intestat* de l'affranchi, on pensa qu'elle voulait aussi leur déférer la tutelle.

D. La tutelle légitime est donc toujours déférée à l'héritier présomptif du pupille ?

R. Oui, au moins lorsque l'héritier présomptif n'est pas incapable d'exercer la tutelle, comme le serait une femme ou un mineur de vingt-cinq ans.

Titre XVIII. — *De la tutelle légitime des ascendants.*

D. A qui est déférée la tutelle légitime du fils de famille émancipé ?

R. Elle est déférée au père de famille qui a émancipé l'impubère, à l'égard duquel l'émancipateur a tous les droits d'un patron (voy. ci-devant tit. XII).

Titre XIX. — *De la tutelle fiduciaire.*

D. A la mort de l'ascendant émancipateur, à qui passait la tutelle des impubères émancipés, à défaut de tuteur testamentaire confirmé ? (voy. tit. XIV.)

R. Elle passait aux autres enfants (mâles et majeurs de 25 ans) restés sous la puissance de l'émancipateur. Cette tutelle prenait le nom de *fiduciaire*.

D. Pourquoi ne l'appelait-on pas *légitime*, comme celle déférée aux enfants du patron ?

R. Justinien répond que c'est parce que le patron transmettait à ses enfants la tutelle légitime des affranchis, comme il leur aurait transmis la puissance dominicale, à défaut d'affranchissement ; tandis qu'à défaut d'émancipation, l'ascendant n'aurait pas pu transmettre la puissance paternelle à ceux à qui est transmise, à sa mort, la tutelle de

l'émancipé. Mais cette raison, vraie à l'égard des frères et des oncles de l'émancipé, est certainement fausse à l'égard de son père ; car celui-ci, au décès de l'aïeul émancipateur, devient tuteur fiduciaire des enfants qui, à défaut d'émancipation, seraient retombés en sa puissance. On a cru (voy. M. *Ducaurroy*, n° 247) que la différence provenait de ce que les enfants du patron, succédant au droit de patronage, deviennent, comme leur père, héritiers présomptifs de l'affranchi, et, conformément au système de la loi des Douze Tables, ses tuteurs légitimes ; au lieu que les enfants restés sous la puissance de l'ascendant émancipateur, ne succédant pas à ce titre à l'émancipé, devenaient tuteurs sans être héritiers présomptifs de l'émancipé. Cette explication semblerait très-plausible, si plusieurs textes (*Ulp.*, t. II, § 5 ; *Gaius* I, § 166, 172) ne nous apprenaient que l'étranger qui, ayant reçu un enfant *in mancipio*, soit du père, soit d'un premier acheteur, l'avait affranchi avant sa puberté, en devenait tuteur *fiduciaire*, quoiqu'il fût, par son assimilation au patron, son héritier présomptif (1).—Nous sommes porté à croire (2) que la véritable explication à donner, c'est que les rédacteurs des Institutes ont conservé un vocabulaire qui n'a plus de sens sous Justinien. En effet, l'ascendant émancipateur, pour devenir tuteur des enfants qu'il émancipait, était autrefois obligé d'employer le *contrat de fiducie*, par lequel l'acheteur à qui il avait mancipé ses enfants, s'engageait à les lui revendre (voy. tit. XII). L'ascendant émancipateur devenait tuteur *ex fiducia*, par suite de la fiducie dont il s'était servi ; il était véritablement tuteur *fiduciaire*, et c'était le nom qu'on lui donnait d'abord. Cependant, par honneur, par respect pour la qualité d'ascendant, on en vint à l'appeler tuteur légitime (3). Il transmettait la tutelle à ses enfants, comme le patron transmettait aux siens la tutelle de l'affranchi. Les enfants de l'ascendant étaient donc, comme celui-ci, tuteurs fiduciaires (*Hujus quidem liberi fiduciarii tutoris loco numerantur.* Gaius, I, § 175). Et, comme on n'avait pas étendu jusqu'à eux l'honneur qu'on avait fait à l'ascendant émancipateur, en lui donnant le titre de tuteur

(1) On peut ajouter que, depuis Anastase, les frères de l'émancipé ont acquis des droits sur la succession, sans que leur tutelle ait cessé d'être *fiduciaire*.

(2) Avec M. de Fresquet, t. I, p. 166.

(3) C'est pour cela que la tutelle de l'ascendant émancipateur est appelée légitime dans le titre précédent.

légitime, ils continuaient à s'appeler tuteurs fiduciaires. On leur a conservé, dans les Institutes, ce nom qui n'a plus de sens depuis que, l'émancipation s'opérant par rescrit du prince ou par une simple déclaration devant le magistrat, on n'emploie plus la *fiducie* dans les formalités qui s'y rapportent.

D. Quel était, en résumé, l'ordre des quatre tutelles légitimes ?

R. Il faut distinguer entre les impubères affranchis et les impubères ingénus : les premiers avaient pour tuteurs le patron, et, après lui, ses enfants ; quant aux ingénus, ils devenaient *sui juris*, ou sans diminution de tête, par la mort du père de famille, et alors il y avait lieu à la tutelle légitime des agnats ; ou avec diminution de tête, par l'émancipation, et, dans ce cas, il y avait lieu à la tutelle légitime de l'émancipateur, après lui, à la tutelle fiduciaire.

D. Justinien n'a-t-il pas apporté des changements à ces tutelles légitimes ?

R. Oui ; Justinien ayant introduit, par la novelle 118, un nouveau système de succession, a dû, par là même, introduire un nouveau système de tutelle légitime. (Voy. l'*Appendice* à la suite du tit. IX, du liv. III).

TITRE XX. — *De la tutelle dative ; Du tuteur atilien et de celui qui était donné d'après la loi* Julia et Titia.

D. Quand les magistrats nommaient-ils un tuteur au pupille ?

R. Les magistrats nommaient un tuteur au pupille, ou, en d'autres termes, il y avait lieu à la tutelle dative : 1o lorsqu'il n'y avait aucun tuteur, soit testamentaire, soit légitime ; 2o lorsque l'entrée en fonction d'un tuteur testamentaire était suspendue jusqu'à un événement. — Ainsi, jusqu'à l'événement du terme ou de la condition apposée à la nomination du tuteur testamentaire, on devait recourir à la tutelle dative, en excluant la tutelle légitime. Il en était de même lorsqu'un tuteur avait été nommé purement et simplement, tant que l'institué ne se portait pas héritier ; ou lorsque le tuteur nommé était tombé en captivité, tant qu'il était incertain si, par l'effet du *postliminium*, il ne reprendrait pas la tutelle. Dans tous les cas, le tuteur datif cessait ses fonctions

aussitôt qu'il y avait un tuteur testamentaire, ou dès qu'il était certain qu'il n'y aurait pas de tuteur testamentaire, par exemple, parce que la condition apposée à sa nomination ne pouvait plus se réaliser ; mais alors c'était pour céder la tutelle aux agnats ou autres tuteurs légitimes.—3o Lorsque le tuteur testamentaire s'excusait de la tutelle ou était destitué. Dans ce cas particulier, et quoiqu'il n'y eût plus d'espérance de tutelle testamentaire, on n'avait point recours à la tutelle légitime, mais à celle dative (L. XI, § 1 et 2, ff. *de test. tut*).

D. Le pouvoir de nommer un tuteur n'appartient qu'à ceux auxquels une loi l'a attribué ; quels sont les magistrats qui l'ont reçu, et par quelles lois ?

R. Le pouvoir de nommer les tuteurs datifs a d'abord appartenu, à Rome, au préteur urbain et à la majorité des tribuns (1), en vertu de la loi *Atilia* (2) ; dans les provinces, aux présidents, d'après la loi *Julia et Titia* (3). Plus tard, ce pouvoir fut attribué aux consuls par Claude, et ensuite aux préteurs par Antonin le Pieux.—Ces magistrats ne nommaient le tuteur que sur enquête (*ex inquisitione*), c'est-à-dire après un examen qui portait sur l'économie, les mœurs et la fortune de celui qu'on voulait charger de la tutelle.

D. Le pouvoir de nommer des tuteurs datifs n'a-t-il pas été encore modifié, même avant Justinien ?

R. Oui ; déjà au temps d'Ulpien ce pouvoir appartenait, à Rome, au préfet de la ville (4) ou au préteur, chacun *secundum suam jurisdictionem*, c'est-à-dire, d'après ce que semble indiquer Théophile, chacun pour les personnes soumises à cet égard à leur juridiction ; dans les provinces, aux présidents ou aux magistrats particuliers des cités, lorsque la

(1) Les tribuns étaient au nombre de dix. Ordinairement, le *veto* d'un seul paralysait les actes de ses collègues. Ici, par exception, la majorité fait loi à la minorité. On peut remarquer, du reste, que le droit de nommer un tuteur, établi par une loi spéciale, avait un caractère particulier et ne se rattachait directement ni à la *juridictio* ni à l'*imperium*.

(2) La loi *Atilia* est, d'après Tite-Live, liv. XXXIV, tit. XII, de l'an de Rome 567 (voy. p. 39).

(3) Rendue en l'an 723 de Rome.

(4) La juridiction du préfet de la ville s'étendait jusqu'au centième mille autour de Rome (L. 1, §, 4, ff. *de off. præf. urb.*) : c'est dans ces limites qu'était comprise la ville proprement dite.

fortune du pupille n'était pas considérable, et que le président, ne voulant pas user de la préférence qu'il avait, leur renvoyait la nomination de tuteur (*jussu præsidum*).

D. Que décida Justinien à cet égard ?

R. Justinien décida que, lorsque la fortune du pupille ne s'élèverait pas jusqu'à 500 solides (1), les magistrats municipaux ou les défenseurs des cités (2), sans attendre l'ordre du président de la province, nommeraient à la tutelle sans enquête, mais en faisant donner aux tuteurs une caution, dont sont dispensés les tuteurs nommés après enquête par le magistrat supérieur (voy. le tit. XXIV) (3).

D. Quand les tuteurs doivent-ils rendre compte de leur gestion ?

R. Les tuteurs doivent rendre compte de leur gestion à la fin de la tutelle (arrivée soit par la puberté du pupille, soit par toute autre cause) : ils y sont contraints par l'action de la tutelle (voy. le tit. *des actions*).

TITRE XXI. — *De l'autorisation des tuteurs.*

D. Comment le tuteur exerce-t-il ses fonctions ?

R. Il les exerce de deux manières : tantôt en agissant par lui-même, en son propre nom et sans le pupille, comme une sorte de gérant d'affaires : tantôt en donnant son assistance, ce qu'on nomme son *autorisation* (4), au pupille dans l'acte

(1) Le solide, ou sou d'or, est estimé environ 22 fr. 50 c. ; d'après cela, 500 solides vaudraient un peu plus de 12,000 francs de nos jours.

(2) Voyez ce que nous avons dit sur les défenseurs des cités. *Introd.*, p. 62.

(3) Le magistrat chargé de la nomination du tuteur pouvait agir soit spontanément, soit sur requête. La mère du pupille et les affranchis de son père étaient contraints, la première sous peine de déchéance de ses droits, à l'hérédité du pupille, les seconds, sous la sanction de peines corporelles, de p ésenter requête au magistrat pour la nomination du tuteur. — Cette action était nommée *Petitio tutoris* (L. 2 pr. et § 1, D. *qui pet. tut.*, XXVI, 6).

(4) Le mot *autorisation* rend fort mal l'expression consacrée *auctoritas ;* mais le terme exact manque à notre langue. *Auctoritas tutoris*, c'est l'action du tuteur qui, par son concours à l'acte, augmente, complète la personne juridique du pupille (*Augebat, auctor fiebat*). — C'est la nécessité du concours du tuteur dans les actes que

fait par celui-ci : *pupillorum pupillarumque tutores*, dit Ulpien, tit. II, § 25, *et negotia gerunt et auctoritatem interponunt.*

D. D'où vient cette dualité dans les fonctions du tuteur ?

R. Elle vient de ce que, suivant le droit primitif et rigoureux des Romains, un citoyen ne pouvait être représenté par un autre dans la plupart des actes du droit civil.—Dans la plupart de ces actes, en effet, comme dans les procédures solennelles appelées *legis actiones* (v. p. 31, et le tit. *des actions*), dans les *mancipations* et leurs dérivés (v. p. 30), dans les *stipulations* (v. L. III, tit. XV) et les *acceptilations* (v. L. III, tit. XXIX), il fallait prononcer des paroles consacrées, dont le bénéfice ne pouvait littéralement s'appliquer qu'à la personne qui les avait prononcées (1). Dans l'impossibilité de remplacer le pupille dans ces actes, le tuteur ne pouvait arriver à protéger les intérêts de celui-ci qu'en agissant, comme un gérant d'affaires, en son propre nom (2).

le pupille ne pouvait pas faire valablement seul, qui faisait dire que le tuteur est donné à la personne et non aux biens du pupille (*tutor personæ, non causæ vel rei datur*. Inst. livre Ier, XIV, § 4). C'était à la personne civile, plutôt qu'à la personne physique du pupille, que le tuteur était donné. Car, la garde et l'éducation du pupille, si elles n'avaient pas été réglées dans le testament du père, l'étaient par le magistrat, qui décidait où, par qui et comment l'impubère serait gardé et élevé, le tuteur restant chargé de payer la dépense (L. 1, C. *ubi pupill.* : L. 2, C. *de alim. pupill.*).

(1) Par exemple, dans les actions en revendication, la formule *meum esse aio* était, de sa nature, personnelle. Dans les stipulations, le répondant, même quand il s'engageait à donner quelque chose à un tiers, n'était lié que vis-à-vis du stipulant.— Il n'y avait que les personnes soumises à la puissance d'autrui qui pussent représenter dans certains actes celui dont elles dépendaient, parce qu'elles étaient censées ne faire qu'une seule et même personne avec lui.

(2) La jurisprudence avait organisé plusieurs moyens, directs ou indirects, pour indemniser le tuteur des engagements ou des dépenses qu'il s'était imposés pour le pupille, et pour reporter sur le pupille, tant à l'actif qu'au passif, les conséquences de la gestion du tuteur (V. au Digeste et au C. le titre *Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel convenire possunt*).—Du reste, dans les modifications qu'il subissait, le droit avait une tendance à augmenter les cas où le tuteur pouvait représenter le pupille, surtout quand celui-ci était *infans*. Ainsi, il fut établi que le tuteur pourrait plaider pour son pupille (V. *Inst.* l. 4, t. X, *pr.*). Voyez, pour l'examen des différents cas où le tuteur agit seul et de ceux où il agit comme *auctor*, Accarias, no 146, page 309.

D'un autre côté, comme il pouvait se faire que le pupille, bien qu'il pût prononcer les paroles prescrites (mais n'ayant pas le *plenum judicium*, l'*animi judicium*, L. 189, D. *de reg. jus.*), ne fût pas encore en état d'en apprécier la portée, on avait exigé que, pour compléter sa capacité, il fût, dans certains cas, assisté de son tuteur.

De là, la double fonction du tuteur : *negotia gerit*, *auctoritatem interponit*.

D. Dans quels cas le pupille a-t-il besoin de l'autorisation de son tuteur ?

R. Il faut distinguer deux périodes dans la pupillarité. Tant que le pupille est *infans*, c'est-à-dire ne peut pas encore parler, ne peut pas prononcer les paroles légales (*infans, qui fari non potest*, L. I, § 2, D. *de adm. et per. tut.*), il ne peut faire aucun acte ; le tuteur n'a point, par conséquent, à donner son autorisation, il ne peut que gérer les affaires.—Lorsque le pupille est sorti de l'*infantia*, il peut, pourvu qu'il ait *aliquem intellectum*, figurer dans un acte, sans l'autorisation du tuteur, s'il s'agit de faire sa condition meilleure ; mais seulement avec l'autorisation du tuteur, quand il fait sa condition pire (1).

D. Qu'entend-on par faire sa condition meilleure ou pire ?

R. Faire sa condition meilleure, c'est acquérir quelque chose, ou obliger un autre envers soi ; la faire pire, c'est aliéner quelque chose, ou s'obliger envers un autre.

D. Pourquoi l'autorisation du tuteur est-elle nécessaire au pupille pour rendre sa condition pire ?

(1) Les jurisconsultes avaient divisé l'âge qui suit l'*infantia* en deux périodes ; ils avaient distingué l'impubère, *infanti proximus* (près de l'enfance), et l'impubère, *pubertati proximus* (près de la puberté). Cette subdivision intermédiaire dont le point d'interjection variait de sept à neuf ans, et n'avait pas été déterminé d'une manière précise, est quelquefois reproduite, notamment quand il s'agit de régler la responsabilité des impubères en matière d'actes illicites, de délits (*Inst.* liv. IV, tit. 1er, § 18), mais elle paraît avoir été abandonnée en matière de contrats. Elle n'est pas reproduite ici, et il résulte d'un texte même des Institutes (Liv. III, tit. XIX, § 10), que la seule condition exigée pour que l'impubère, sorti de l'*infantia*, pût figurer dans un contrat, soit seul, soit avec l'assistance de son tuteur, était qu'il eût *aliquem intellectum*, c'est-à-dire qu'il comprît le sens de ses actes. C'était une question de fait qu'on décidait suivant les circonstances.

R. Ce n'est pas que toute aliénation ou obligation soit désavantageuse, car, alors, on n'autoriserait jamais le pupille à aliéner ou à s'obliger ; mais c'est que, par cela seul qu'il y a aliénation ou obligation, il y a une perte, et que, pour estimer si cette perte est compensée par des avantages suffisants, il faut une opération de l'esprit dont le pupille n'est pas capable ; il faut l'*animi judicium*.

D. Qu'arrive-t-il lorsque le pupille a fait sans autorisation un des contrats qui contiennent des obligations réciproques, comme la vente, le louage ?

R. Il arrive que la partie qui a contracté avec le pupille est engagée envers lui, sans que celui-ci le soit envers elle. En effet, ces contrats se décomposent en deux actes (*emptio-venditio, locatio-conductio*) : dans l'un, le pupille figure comme individu envers qui on s'oblige et qui rend sa condition meilleure, et cet acte, pour lequel il suffit au pupille d'avoir l'intelligence de ce qu'il fait, est valable ; dans l'autre, le pupille figure comme voulant s'obliger, rendre sa condition pire, et cet acte est nul, parce qu'il exigerait de la part du pupille un jugement qu'il n'a pas.—Toutefois, comme personne ne doit s'enrichir au dépens d'autrui (L. 206, ff, *de reg. jur.*), le pupille qui ne voudra pas remplir son engagement ne pourra pas contraindre l'autre partie à remplir le sien ; dans le cas de vente, par exemple, il ne pourra pas demander la chose sans payer le prix. Et si l'autre partie avait exécuté tout ou partie de son obligation, et que le pupille en eût retiré quelque profit, il serait obligé jusqu'à concurrence de ce profit (voy. liv. II, tit. VIII).

D. Le pupille peut-il, sans l'autorisation du tuteur, faire *adition d'hérédité*, demander la *possession de biens*, recevoir une hérédité par fidéicommis (1) ?

R. Non, parce que l'acquisition d'une succession quelconque, même la plus avantageuse, suppose dans celui qui la

(1) *L'hérédité* était déférée par le droit civil. La *possession de biens* était le droit accordé par le préteur de se mettre et de se maintenir en possession des biens d'une succession à laquelle on pouvait n'être pas appelé par le droit civil ; c'était une sorte de succession prétorienne (voy. liv. III, t. IX). L'hérédité *fidéicommissaire* était celle qu'on recevait par une personne interposée que le testateur avait chargée de cette transmission.—L'adition d'hérédité était l'un des actes où, primitivement, le tuteur ne pouvait représenter le pupille, en sorte que la succession ne pouvait être acceptée que quand le

fait un jugement pour peser les avantages et les charges de l'hérédité, dont le pupille est incapable.

D. Quand et comment doit être donnée l'autorisation du tuteur ?

R. L'autorisation du tuteur consiste dans la participation personnelle du tuteur à l'acte, afin d'augmenter, de compléter la personne imparfaite du pupille (*auctor fieri*) ; elle ne peut donc être donnée ni avant, ni après (*statim in ipso negotio*), ni par intermédiaire (*praesens*).

D. La capacité qu'avait le pupille au-dessus de l'enfance de figurer dans les actes, enlevait-elle au tuteur celle d'agir par lui-même, s'il le jugeait convenable ?

R. Non. Il y avait pourtant certains actes, tels que l'adrogation, l'affranchissement d'un esclave, l'acceptation d'un hérédité, dans lesquels le pupille devait paraître lui-même.

D. Le tuteur ne pouvant donner une autorisation dans sa propre cause, quelle assistance donne-t-on au pupille dans le procès qu'il a à soutenir contre son tuteur ?

R. On lui donnait d'abord un tuteur prétorien (nommé par le préteur). Dans la suite, on lui donna un curateur, dont les fonctions devaient cesser dès que le procès serait terminé ; ce qui est plus conforme à la règle qu'on ne nomme pas un tuteur pour une affaire déterminée (1).

Titre XXII.—*De quelles manières finit la tutelle.*

D. De quelles manières finit la tutelle ?

R. La tutelle finit : 1o à la puberté du pupille.

D. Quand arrive la puberté ?

R. A douze ans pour les femmes et à quatorze ans accomplis pour les hommes. Avant Justinien, les jurisconsultes

pupille n'étant plus *infans* pouvait faire l'acte d'adition avec l'assistance de son tuteur. Théodose et Valentinien permirent au tuteur de faire adition au nom de l'*infans* (L. 18, § 2, C. *de jur. celib.*).

(1) D'après la novelle 72, nul, si ce n'est la mère, ne peut devenir tuteur s'il est créancier ou débiteur du pupille : et si le tuteur devient créancier ou débiteur du pupille depuis son entrée en fonctions, on doit lui adjoindre un curateur pour toute la durée de la tutelle. Il est donc à peu près impossible qu'on ait besoin de nommer le curateur spécial dont il est ici question.

étaient divisés à l'égard des individus du sexe masculin : les Sabiniens jugeaient de la puberté par l'état extérieur du corps ; les Proculéiens par l'âge seul, sans examiner le développement du corps ; Priscus voulait le concours des deux circonstances, l'âge et la force physique. Justinien a adopté l'avis des Proculéiens, comme plus conforme à la décence.

D. De quelles autres manières finit la tutelle ?

R. Elle finit : 2o par la mort ou par la diminution de tête du pupille, même la plus petite, car la tutelle n'est donnée qu'à une personne *sui juris*, et l'impubère *sui juri*, ne peut éprouver la petite diminution de tête sans devenir *alieni juris*.

3o Par la mort du tuteur.

4o Par sa grande ou moyenne diminution de tête ; car, il faut être capable des emplois publics, et, par conséquent, citoyen, pour être tuteur. La petite diminution de tête du tuteur ne détruirait que la tutelle légitime des agnats, parce que c'est la seule qui repose sur les liens de famille.

5o A l'égard des tuteurs testamentaires, par l'arrivée du terme ou l'accomplissement de la condition apposée à la durée de leurs fonctions ; et, à l'égard des tuteurs datifs, par l'événement du terme ou de la condition qui suspendait l'entrée en fonctions du tuteur testamentaire.

6o Par les excuses du tuteur admises par le magistrat, ou par sa destitution prononcée (voy. tit. XXV et XXVI).

TITRE XXIII.—*Des curateurs.*

D. Quels sont, parmi les individus *sui juris*, ceux qui peuvent être en curatelle (v. la première question du titre *des tutelles*, tit. XIII) ?

R. Ce sont : 1o les impubères dont le tuteur est impropre à l'administration de leurs biens, ou s'est fait excuser de la tutelle pour un temps : car on ne donne pas un second tuteur à celui qui en a déjà un (§ 5) ; 2o les pubères mineurs de vingt-cinq ans ; 3o les majeurs de vingt-cinq ans qui sont furieux, interdits pour cause de prodigalité (§ 3), insensés ou frappés d'une maladie incurable (§ 4).

D. Que peut faire le tuteur qui, sans être dans le cas d'être suppléé par un curateur, se trouve dans l'impossibilité

de suffire aux affaires du pupille, soit par maladie, soit par tout autre obstacle ?

R. Il peut se faire adjoindre par le préteur un agent (*actorem*, § 6) qui administre à ses périls et risques : la nomination de cet agent n'a lieu que dans le cas où le pupille est absent, ou dans l'enfance, *infans ;* car s'il est sur les lieux et au-dessus de l'enfance, comme il peut constituer simplement un procureur avec l'autorisation du tuteur, l'intervention du magistrat devient inutile.

D. Les pubères mineurs de vingt-cinq ans sont-ils mis en curatelle malgré eux ?

R. Non. En général, les individus parvenus à la puberté sont capables de se conduire eux-mêmes, et de gérer leurs affaires : on ne leur impose pas forcément un curateur ; mais on en donne à ceux qui, mineurs de vingt-cinq ans, en demandent, ne se sentant pas en état d'administrer leur fortune. Il y a pourtant trois cas où les adultes peuvent être obligés de recevoir un curateur : c'est lorsqu'ils ont un procès à soutenir (§ 2), un payement à recevoir, ou que leur ancien tuteur a des comptes à leur rendre. Dans ces trois cas, la partie adverse, le débiteur ou le tuteur, a le droit, sinon de faire nommer directement, du moins de refuser de satisfaire l'adulte jusqu'à ce que celui-ci se soit fait nommer un curateur spécial, et cela pour éviter de voir renouveler le procès, ou attaquer le payement ou le règlement de compte, sous prétexte de lésion (1).

D. Le mineur de vingt-cinq ans qui demande un curateur peut-il, avant sa majorité, reprendre l'administration de ses biens ?

R. Non, à moins qu'il n'ait obtenu du prince une dispense d'âge (voy. *M. Ducaurroy*, n° 269.)

D. Comment est déférée la curatelle ?

R. La curatelle des furieux et des prodigues est la seule qui soit légitime, et qui appartienne, d'après la loi des Douze

(1) Les préteurs ont introduit, en faveur des mineurs de vingt-cinq ans, la restitution en entier (*restitutio in integrum*), qui fait considérer comme nuls les actes où ils ont été lésés. — Les mineurs ne pouvaient, sans l'autorisation du magistrat, aliéner ou hypothéquer leurs immeubles (L. 1, C. *de præd., et aliis reb. min.*). Ils ne pouvaient être relevés de leurs incapacités que par des dispenses d'âge accordées par l'Empereur (*venia ætatis* : v. au C. liv. 2, tit. 45, L. 3.)

Tables, aux agnats (1) ; les autres curateurs sont nommés par les mêmes magistrats que les tuteurs : ils ne peuvent être nommés par testament ; cependant, s'ils l'avaient été, ils pourraient être confirmés par les magistrats.

D. La curatelle même des furieux et des prodigues n'est-elle pas ordinairement dative ?

R. Oui (*solent dare*, § 3) ; car non seulement les furieux ou prodigues peuvent n'avoir aucun agnat, ou n'avoir que des agnats inhabiles aux fonctions de curateur, mais encore la loi des Douze Tables ne défère la curatelle aux agnats que dans le cas où les furieux ou prodigues se trouvent héritiers légitimes d'un père décédé sans faire de testament (*Ulp.* t. XII, § 3). Dans toute autre circonstance, le curateur est nommé par les magistrats.

D. En quoi consistent les fonctions de curateur ?

R. Le curateur n'est pas, comme le tuteur, donné à la personne mais aux biens, souvent même à une affaire spéciale. Il n'est pas, comme le tuteur, chargé de compléter la personne imparfaite de l'adulte, en interposant son *auctoritas* à l'acte. Car tout individu parvenu à l'âge de la puberté est, au moins en théorie, capable d'agir et de contracter. Mais, nommé à raison de circonstances qui (comme l'inexpérience, la folie ou la prodigalité) peuvent mettre l'adulte, soit dans l'impossibilité de gérer lui-même ses affaires, soit de défendre convenablement ses intérêts, le curateur a une double mission qui consiste, tantôt à agir seul et en son propre nom comme un gérant d'affaires (*negotia gerere*), lorsque l'adulte est totalement empêché d'agir, tantôt à assister simplement l'adulte dans les actes faits par celui-ci et à y donner son assentiment (*consensus*) (2).

(1) Cette curatelle légitime n'est pas, comme la tutelle légitime, imposée en compensation des espérances de l'hérédité ; car, à la différence des impubères, le fou ou le prodigue peut avoir sous sa puissance des enfants qui excluraient tous les agnats. Aussi l'on n'avait point, relativement à la curatelle des affranchis, étendu au patron ce que la loi des Douze Tables avait dit des agnats, comme on l'ava t fait pour la tutelle.

(2) On voit que, si, en théorie, les fonctions de curateur différaient de celles de tuteur, elles avaient fini par en différer fort peu, dans la pratique. *In paussimis distant curatores a tutoribus.* L. 13, D. *de excus.* (Voy. liv. III, tit. XXVII).

TITRE XXIV. — *De la caution des tuteurs et curateurs.*

D. Ne prenait-on pas des sûretés pour l'administration des tuteurs et curateurs ?

R. Oui : parmi ces sûretés, on remarque : 1o la caution que les tuteurs et les curateurs doivent fournir avant de gérer, et sans laquelle ils ne feraient aucun acte valable ; 2o l'inventaire qu'ils doivent faire dresser aussi avant d'entrer en fonctions ; 3o l'hypothèque tacite dont leurs biens sont frappés ; 4o le serment que Justinien (par la novelle 78) les oblige à prêter, d'administrer en bons pères de famille.

D. N'y a-t-il pas plusieurs espèces de cautions ? Quelle est celle que doivent fournir le tuteur et le curateur ?

R. Le mot *caution* (de *carere*, *cautum*) signifie toute garantie ou sûreté. Une promesse verbale ou par écrit, un gage, sont des cautions ; le serment se nomme caution juratoire. L'intervention d'une tierce personne, qui joint son engagement personnel à celui de son principal obligé, est aussi une caution ; on l'appelle spécialement *satisdation* (1). Telle est la caution que doivent fournir les tuteurs et les curateurs.

D. Tous les tuteurs et curateurs sont-ils astreints indistinctement à donner caution ?

(1) La satisdation consistait à fournir un *fidéjusseur* (voy. liv. III, titre XX), c'est-à-dire une personne qui s'engageait par les formes solennelles de la *stipulation* à répondre de la gestion du tuteur ou du curateur. Voici quelle était la forme de ces garanties : le tuteur ou le curateur était d'abord interrogé en ces termes : *Promittisne rem pupilli salvam fore ?* Il répondait : *Promitto.* On interrogeait à son tour celui qui se présentait pour caution : *Fidejubesne rem pupilli salvam fore ?* Il répondait : *Fidejubeo.* — Par qui ces interrogations étaient-elles faites ? Par le pupille et l'adulte ; car le bénéfice de la stipulation (*actio ex stipulatu*) était acquis à la personne qui interrogeait et à laquelle on répondait. Si le pupille ne pouvait parler ou était absent, un de ses esclaves devait interroger, parce que les esclaves acquièrent pour leur maître. S'il n'avait pas d'esclaves, on faisait faire la stipulation par un esclave public (voy. la note de la 4e page au tit. XI). — Ces stipulations étaient du nombre de celles qu'on appelait *communes*, c'est-à-dire à la fois *prétoriennes* et *judiciaires*, parce qu'elles étaient exigées soit par le préteur, soit par le juge auquel le préteur avait renvoyé un procès intéressant le pupille (voy. liv. III, t. XVIII).

R. Non, il y a exception : 1o pour les tuteurs testamentaires : le choix du testateur est une garantie suffisante de leur fidélité et de leur diligence ; 2o pour les tuteurs et curateurs nommés par le testament du père, mais dont la nomination a eu besoin d'être confirmée par le magistrat.—Cette exception ne s'étend pas à ceux confirmés sur le choix fait par tout autre que par le père ; 3o pour les tuteurs et curateurs datifs, qui ont été nommés sur enquête. (Nous avons vu, page 163, que les magistrats supérieurs nommaient seuls sur enquête.)

D. Les tuteurs légitimes ne sont-ils jamais dispensés de donner caution ?

R. Ils ne le sont jamais de plein droit ; mais le père et le patron peuvent en être dispensés par le préteur.

D. Ne peut-il pas arriver que les tuteurs ou curateurs, compris dans les exceptions ci-dessus, soient dans le cas de fournir caution ?

R. Cela peut arriver lorsque plusieurs tuteurs et curateurs ont été constitués ensemble : il n'y en a ordinairement qu'un appelé, *onéraire*, qui administre, tandis que les autres restent tuteurs ou curateurs *honoraires*, sans gestion, mais toujours responsables envers le pupille. L'un des tuteurs ou curateurs peut, en offrant de donner caution, mettre son collègue dans la nécessité de lui laisser l'administration, ou de fournir lui-même caution, s'il veut avoir la gestion.

D. Si personne n'offre caution, par qui est faite la désignation du tuteur ou curateur gérant ?

R. Si elle ne l'a pas été par le testament, elle est faite par la majorité des tuteurs ou curateurs eux-mêmes, ou, lorsque ceux-ci ne s'accordent pas, par le magistrat.

D. L'administration ne peut-elle pas se diviser entre les cotuteurs et les cocurateurs ?

R. Oui ; elle peut se diviser soit par l'acte même de nomination (voy. tit. XIV.), soit sur la demande des tuteurs, ou curateurs qui prennent chacun des arrondissements, ou des parties différentes. Dans ce cas, ils ne répondent pas les uns pour les autres (L. 55, ff. *de adm. et per.*).

D. Si les tuteurs obligés de donner caution ne la fournissent pas, comment les y contraint-on ?

R. En saisissant leurs biens que l'on retient en gage. S'ils persistent dans leur résistance, ils sont traités comme suspects (v. tit. XXVI).

D. Aux risques de qui la caution est-elle reçue ?

R. Aux risques du magistrat qui la reçoit et demeure exposé à une action subsidiaire. Le magistrat répond, à plus forte raison, du défaut de caution, car il doit veiller à ce qu'elle soit fournie.

D. Cette action subsidiaire se donne-t-elle contre les héritiers du magistrat ?

R. Oui ; d'après les réponses des prudents et les constitutions des empereurs, pourvu toutefois qu'il s'agisse d'une faute grave.

D. Cette action se donnerait-elle contre les magistrats supérieurs ?

R. Non ; car ils ne sont pas chargés de faire donner caution ; elle n'a lieu que contre les magistrats inférieurs, qui, seuls, doivent faire donner caution.

TITRE XXV.—*Des excuses des tuteurs et des curateurs.*

D. Peut-on se dispenser de la tutelle ou de la curatelle sans une excuse légitime ?

R. Non, car la tutelle et la curatelle sont au nombre des charges publiques.

D. Comment divise-t-on les excuses légitimes ?

R. On peut établir entre elles plusieurs classes, suivant le point de vue auquel on se place :

1o Elles sont de deux sortes : *ob impotentiam*, c'est-à-dire, fondées sur l'impuissance du tuteur ou la difficulté où il serait d'exercer la tutelle ; et *ob periculum*, fondées sur la crainte que son administration ne présente pas des garanties suffisantes ;

2o Elles sont *perpétuelles* ou *temporaires ;*

3o *Fixes*, déterminées nettement par la loi ou *variables*, c'est-à-dire, laissées à l'appréciation du magistrat.

D. Quelles sont les excuses légitimes, communes à la tutelle ou à la curatelle ?

R. Les principales rapportées par Justinien sont :

1o Le nombre d'enfants : trois à Rome, quatre en Italie, et cinq dans les provinces. Il faut qu'ils soient tous vivants ou morts à la guerre. Les enfants conçus ou adoptifs, ne comptent point. Les enfants adoptifs, comme les émancipés, comptent à leur père naturel ; car c'est en faveur de la population que cette excuse est établie ; on ne considère jamais la puissance paternelle. — Les petits-enfants comptent pour leur père prédécédé.

2o L'administration du fisc. Cette excuse a été établie par Marc Aurèle, dans ses *semestres* (1). Le fisc était le domaine particulier du prince, distinct du trésor public *(ærarium)* ; mais, sous les derniers empereurs, ils furent confondus, et l'excuse fut étendue aux administrateurs de l'un et de l'autre.

3o L'absence pour le service de la République. Cette excuse est perpétuelle pour les tutelles et les curatelles déférées pendant l'absence ou dans l'année du retour ; mais elle est temporaire pour celle dont on était chargé auparavant ; dans ce dernier cas, on nomme un curateur pour remplacer le tuteur dans son absence (voy. tit. XXIII).

4o L'exercice de quelque magistrature. Cette excuse dispenserait de se charger d'une tutelle non commencée, mais n'autoriserait pas à déposer celle qui serait déjà acceptée.

5o Le procès que le tuteur ou le curateur aurait avec le pupille ou le mineur, pourvu toutefois qu'il s'agisse de tous ou de presque tous les biens de l'un ou de l'autre, ou d'une hérédité (2).

6o Trois tutelles ou curatelles, ou quelquefois même une seule, lorsqu'elle est compliquée. C'est moins, en effet, le nombre des tutelles que la difficulté de leur gestion qu'on examine. Il faut que les charges n'aient point été demandées par celui qui veut en faire une excuse *(non affectatæ)*.

7o La pauvreté ; car les fonctions de tuteur ou curateur étant exercées gratuitement, seraient des charges trop fortes pour celui qui a besoin de son travail pour vivre. Cette

(1) Les premiers empereurs consacraient six mois de l'année à l'administration de la justice et à la composition des lois : on appela *semestria* les recueils de leurs décisions.

(2) Nous rappelons que, par la novelle 72, Justinien a déclaré tous les créanciers ou débiteurs du pupille, à l'exception de la mère, incapables d'être tuteurs.

excuse a été établie par Marc Aurèle et son frère adoptif Lucius Verus *(divi fratres)*.

8o La maladie. Cette excuse est temporaire ou perpétuelle, selon que la maladie est temporaire ou incurable.

9o L'état d'un homme illettré, à moins que cet état ne rende pas impropre aux affaires (L. 6, § 19, D. *de excusat.*).

10o La nomination faite par le père de famille en haine du tuteur, pour lui imposer une charge.—On ne serait pas excusé en se disant inconnu du testateur.

11o L'inimitié capitale du tuteur ou curateur contre le père des pupilles ou des adultes, ou contre ces derniers eux-mêmes, mais lors seulement qu'il n'y a pas eu réconciliation.

12o La contestation de l'état du tuteur intentée par le père de famille.

13o L'âge de soixante-dix ans, la minorité de vingt-cinq ans étaient aussi une excuse légitime et temporaire ; mais Justinien a voulu que la minorité produisît non seulement une excuse, mais une incapacité d'être tuteur ou curateur.— Il faudrait en dire autant de l'état de folie, de surdité, de mutisme.

14o L'état militaire.

15o L'exercice, à Rome ou dans sa patrie, d'une profession libérale, comme l'enseignement du droit, de la médecine, des belles-lettres. Dans les villes de province, le nombre de ces exceptions étaient limité. L'exercice d'une profession libérale ailleurs que dans sa patrie, n'était pas une cause d'exemption ; mais Rome était regardée comme la patrie commune.

D. Quelles sont les excuses particulières à la curatelle ?

R. Celui qui a été tuteur ne peut être forcé de se charger de la curatelle de la même personne. Le mari ne peut être forcé d'être le curateur de sa femme, lors même qu'il se serait immiscé dans la gestion (1).

D. Quand et comment doit-on proposer les excuses ?

(1) C'est une exception au principe qu'on renonce à l'excuse en s'immisçant dans la gestion. (L. 2, C. *si tut. vel. cur.*) On renonce encore aux excuses, soit en promettant d'avance au père de famille de gérer la tutelle de ses enfants, soit en laissant écouler le temps fixé pour les présenter.

R. Les excuses doivent être proposées au magistrat (1), dans le délai de cinquante jours continus pour celui qui demeure à moins de cent milles du lieu où la tutelle ou curatelle est déférée. Si le tuteur ou curateur demeurait au-delà, le délai serait de trente jours fixes, plus un jour par vingt milles, de manière toutefois que le délai ne soit jamais moindre de cinquante jours ; car autrement il arriverait que celui qui serait à deux cents milles n'aurait que trente-cinq jours, tandis que celui qui demeurerait à moins de cent milles aurait cinquante jours.

D. De quelle époque court ce délai ?

R. Du jour où le tuteur ou curateur ont connu leur nomination, ou la confirmation de leur nomination, lorsque cette confirmation est nécessaire (L. 16, ff. *de exc.*).

D. Est-on recevable à proposer de nouvelles excuses lorsque les premières ont été rejetées ?

R. Oui, pourvu qu'on soit encore dans le délai.

D. Peut-on s'excuser de la tutelle pour partie ?

R. Non. Régulièrement il faut s'excuser pour le tout ; cependant, de même que l'administration peut se diviser, on peut, en certains cas, s'en faire exempter pour partie.

D. Le tuteur ou curateur qui s'est fait excuser par de faux motifs est-il déchargé de la responsabilité ?

R. Non. L'admission des excuses est alors regardée comme nulle de plein droit, par exception à la règle que le jugement rendu sur de faux motifs peut seulement être rescindé.

TITRE XXVI.—*Des tuteurs et curateurs suspects*

D. Quand est-ce qu'un tuteur ou un curateur est suspect ?

R. Lorsqu'il ne gère pas fidèlement, ou qu'il n a pas de bonnes mœurs (§§ 5 et 13).

D. La solvabilité du suspect, ou la caution qu'il offrirait, arrêterait-elle l'accusation portée contre lui ?

(1) Le tuteur datif ne peut pas appeler devant un magistrat supérieur de la sentence qui le nomme, mais se présenter devant le magistrat qui l'a nommé, sauf à appeler de la sentence qui rejetterait ses excuses.

R. Non. Ce sont la fidélité et les mœurs du tuteur ou curateur, et non ses garanties pécuniaires, qu'il faut considérer. Aussi, la pauvreté seule ne serait pas une cause de suspicion (*eod.* l. et § 2).

D. Quelle loi autorise l'accusation ou poursuite des tuteurs et curateurs suspects ?

R. C'est la loi des Douze Tables (§ 2).

D. Quel est le but de cette accusation ?

R. C'est d'écarter de l'administration le tuteur ou le curateur infidèle. De là vient que la poursuite commencée s'éteint (faute de but), lorsque les fonctions du suspect viennent à cesser, par exemple, par sa mort (§ 8).

D. Devant quel magistrat se porte-t-elle ?

R. L'accusation se porte, à Rome, devant le préteur ; dans les provinces, devant le président ou le lieutenant du proconsul (§ 1).

D. Y a-t-il une classe de tuteurs qu'on ne puisse accuser comme suspects ?

R. Non. Les tuteurs, soit légitimes, soit testamentaires, soit datifs, peuvent être poursuivis comme suspects. Cependant, si le tuteur est patron, parent ou allié du pupille, on doit ménager sa réputation ; ainsi, au lieu de l'écarter, on peut lui adjoindre un curateur ; et, dans le cas où il est écarté, on doit lui épargner l'infamie dont sont ordinairement notés les suspects qui ont malversé par dol.

D. Quelles personnes peuvent se porter accusatrices ?

R. L'accusation du tuteur, considérée comme publique, est ouverte à tout citoyen. Les femmes mêmes peuvent se porter accusatrices, lors pourtant qu'elles paraissent le faire par affection pour le pupille ; car le magistrat refuserait le droit de poursuivre à celles qui sortiraient de la réserve de leur sexe sans être mues par un sentiment louable.

D. Les impubères peuvent-ils accuser leurs tuteurs ?

R. Non. Le pupille n'a pas assez de discernement pour apprécier l'administration de son tuteur.

D. Les pubères peuvent-ils accuser leurs curateurs ?

R. Oui, pourvu qu'ils le fassent de l'avis de leurs parents.

D. L'administration est-elle interdite au suspect pendant l'instruction du procès ?

R. Oui (§ 7).

D. Quelle peine est attachée à la destitution du tuteur ou curateur suspect ?

R. Cette destitution entraîne l'infamie, lorsque le suspect a été écarté pour dol ; une simple négligence n'entraînerait pas cette peine (1). Si le suspect était un affranchi convaincu d'avoir frauduleusement administré la tutelle des enfants de son patron, il serait en outre renvoyé devant le préfet de la ville pour y être puni. On y renvoie également ceux qui ont donné de l'argent aux officiers ministériels du magistrat pour se faire nommer tuteurs (2).

D. Pourquoi renvoie-t-on devant le préfet de la ville ?

R. Parce que c'est à ce magistrat qu'il appartient de punir. Le préteur n'est chargé que d'écarter le suspect.

D. Quand le tuteur ne se présente pas pour faire décerner des aliments au pupille, ne peut-il pas être écarté comme suspect ? Et d'abord, qu'entend-on ici par faire décerner des aliments ?

R. Le préteur est chargé de déterminer, suivant la fortune du pupille, le genre et le montant des dépenses alimentaires ; c'est ce qu'on appelle décerner des aliments. Le tuteur doit donc se présenter pour faire une déclaration exacte des biens du pupille, afin de mettre le magistrat à même de décerner les aliments. Si le tuteur ne se présente pas, il peut être écarté comme suspect ; le pupille est envoyé en possession de

(1) On appelait *existimatio* l'ensemble des qualités que les lois et les mœurs avaient déterminées comme constituant le citoyen honorable : *dignitatis illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus* (L. 5, § 1, D. 50, 5). L'*existimatio*, qu'on peut traduire par le mot considération, se perdait entièrement lorsqu'on cessait d'être citoyen : elle subissait une grande altération lorsque le citoyen encourait l'infamie, par suite de certains faits ou de certaines condamnations auxquelles les lois ou l'édit du préteur avaient attaché cet effet. Les infâmes étaient frappés de diverses incapacités ; ils ne pouvaient plus notamment être admis aux charges publiques.

(2) *Qui tutelam corruptis ministeriis prætori redemerunt*, dit la loi 3, § 15, D. 26, 10. L'expression *tutelam* ou *tutelæ ministerium redimere*, ne signifie pas se défaire de la tutelle à prix d'argent, mais au contraire l'acheter, l'obtenir, par corruption pour en abuser.

ses biens (1), et si quelques-uns de ces biens sont susceptibles de détériorations, on nomme un curateur pour les vendre (2).

D. Quid, si le tuteur se présente et soutient mensongèrement que la pauvreté du pupille empêche de décerner des aliments ?

R. Non-seulement il sera écarté comme suspect, mais il devra être renvoyé devant le préfet de la ville pour être puni.

(1) A peu près comme un créancier peut être envoyé en possession des biens de son débiteur, lorsque celui-ci disparaît et met le demandeur dans l'impossibilité de le traduire devant le magistrat (voy. liv. III, tit. XII).

(2) On nommait un curateur pour la vente de ces biens du tuteur, comme pour toutes les ventes forcées d'objets particuliers. Cette vente avait probablement pour but de pourvoir immédiatement à l'alimentation du pupille. M. Etienne pense qu'elle était seulement destinée à conserver le gage du pupille.

LIVRE SECOND.

TITRE Ier—*De la division des choses et de l'acquisition de la propriété.*

D. Qu'entend-on par choses *(res)?*

R. On entend par choses tous les êtres physiques et moraux susceptibles d'être l'objet d'un droit.

D. Comment se divisent les choses ?

R. Les *Institutes* les divisent en choses qui sont *dans notre patrimoine*, et choses qui sont *hors notre patrimoine.*

D. Quelles sont les choses qui sont dans notre patrimoine ?

R. Ce sont celles qui appartiennent à des paticuliers *(singulorum)* : elles prennent le nom spécial de *bona* ou *pecunia* (L. 5, D. *de verb. sign.* 50, 16.).

D. Comment divise-t-on les choses qui sont hors de notre patrimoine ?

R. On les divise en *res divini juris* et *res humani juris.*

D. Quelles sont les choses qui sont hors notre patrimoine ?

R. Ce sont : 1o les choses communes ou *omnium ;* 2o les choses publiques *(publica) ;* 3o les choses de corporation *(universitatis) ;* 4o enfin, les choses qui ne sont à personne *(nullius).*

D. Quelles sont les choses *communes ?*

R. Ce sont celles dont la propriété n'est à personne, mais dont l'usage est à tout le monde, et qui sont susceptibles de devenir, du moins pour partie, la propriété du premier occupant, comme l'air, l'eau courante, la mer et ses rivages (1). —L'eau que j'ai puisée dans le courant, la place que ma barque occupe dans la mer, celle que ma tente occupe sur le rivage, m'appartiennent tant que dure ma possession ; mais elles rentrent dans leur condition naturelle et primitive dès que je cesse de les détenir.

(1) Les animaux sauvages et les poissons sont des choses communes (L. 14, D. *de acq. rer. dom.* 41, 1.)

D. Que comprend le rivage de la mer ?

R. Il comprend tout le terrain que la mer couvre dans sa plus haute marée d'hiver (§ 3).

D. Quelles sont les choses *publiques ?*

R. Ce sont celles dont l'usage est commun à tous, mais dont la propriété est au peuple, comme les fleuves et les ports (1).

D. Les rives d'un fleuve sont-elles choses publiques ?

R. Non. Il n'y a que l'usage qui en soit public *(usus publicus)* ; car elles appartiennent en propriété aux riverains. Ainsi, chacun peut bien aborder sur la rive, y déposer son chargement, amarrer ses câbles aux arbres qui y croissent, mais on ne devient pas propriétaire de la place qu'on y occupe momentanément (L. 15 ff. *de acq. rer. dom.* 41, 1), et l'on n'a pas le droit de couper les joncs et les herbes, de prendre les fruits des arbres : tout cela appartient au propriétaire riverain.—Sous ce rapport, les rives d'un fleuve diffèrent du rivage de la mer, qui, n'étant la propriété de personne, est acquis à celui qui s'y établit (2), et lui appartient tant que dure son occupation (L. 14, D. *de acq. rer dom.)*

D. Quelles sont les choses de *corporation ?*

R. Ce sont celles dont la propriété est à une corporation et l'usage à tous ses membres, telles que les théâtres, les stades d'une cité. On ne reconnaît, comme formant une personne légale capable de posséder, d'acquérir, etc., que les corporations ou associations *(universitas)* légalement autorisées.

D. Les choses qui, appartenant au peuple ou à une corpo-

(1) On range aussi parmi les choses publiques les routes prétoriennes ou consulaires, les places, les lacs et les étangs dont la propriété est au peuple. Les choses publiques ne diffèrent pas des choses communes quant à l'usage qu'on peut en faire, mais seulement en ce qu'on ne peut s'en approprier des parties par l'occupation, l'occupation ne donnant la propriété que des choses qui n'appartiennent à personne.

(2) Pourvu que son établissement ne nuise pas à l'abordage et à la navigation ; et, comme le magistrat est seul juge des inconvénients qui peuvent en résulter, ce n'est qu'avec son autorisation qu'on peut s'approprier le terrain qu'on veut occuper. Sous ce rapport, les rivages de la mer sont mis dans la classe des choses publiques (L. 112, D. *de verb. signif.* 50, 16).

ration, ne sont point livrées à l'usage de chaque citoyen ou de chaque membre de la corporation, sont-elles, à proprement parler, publiques ou de corporations ?

R. Non. Ainsi, le trésor, les créances, les esclaves du peuple ou d'une corporation, n'étant point au service et à la disposition de chacun en particulier, mais seulement de la communauté, considérée collectivement et comme une personne légale, ne sont point des choses publiques ou de corporation : ces choses sont, à proprement parler, dans le patrimoine du peuple ou de la corporation, bien que, par opposition aux propriétés privées, on appelle quelquefois choses publiques les biens qui sont *(in patrimonio* ou *in pecunia populi vel universitatis.* L. 15, ff. *de verb. signif.* 50, 16).

D. Quelles sont les choses qui ne sont à *personne ?*

R. Les choses communes sont quelquefois appelées choses *nullius*, en ce sens que jusqu'à l'occupation elles n'appartiennent à personne ; mais on appelle spécialement *res nullius* les choses qui, étant de droit divin *(divini juris)*, ne sont et ne peuvent être à personne : telles sont les choses *sacrées*, *religieuses* ou *saintes.*

D. Quelles sont les choses *sacrées ?*

R. Ce sont celles qui ont été solennellement consacrées à Dieu par les pontifes, avec l'autorisation de l'Empereur (1).

D. Les choses sacrées peuvent-elles être aliénées ?

R. Non ; elles sont retirées du commerce, et ne peuvent être aliénées. Cependant Justinien a permis d'aliéner les vases et autres meubles sacrés, pour racheter les captifs, pour nourrir les pauvres en temps de famine, et même (d'après la novelle 120) pour acquitter les dettes de l'Église.

D. La démolition ou la ruine d'un édifice sacré fait-elle rentrer le sol dans le commerce ?

R. Non ; le sol reste sacré.

(1) Avant l'établisement du christianisme, les choses *sacrées* étaient celles qui avaient été consacrées aux divinités supérieures, et les choses *religieuses* celles qui avaient été abandonnées aux dieux mânes (*Gaius*, 2, § 4). L'autorisation du pouvoir législatif a toujours été nécessaire pour rendre une chose sacrée. Du temps d'Ulpien (L. 9, § 1, ff. *de div. rer.* 1, 8), le prince, qui réunissait le souverain pontificat au pouvoir législatif, pouvait consacrer lui-même ou autoriser à faire consacrer une chose.

D. Quelles sont les choses *religieuses ?*

R. Ce sont les emplacements où un mort a été enseveli. Chacun peut, sans qu'il ait besoin de l'autorisation du législateur, rendre par l'inhumation un terrain religieux, pourvu qu'il en soit propriétaire, ou qu'il ait le consentement de tout individu y ayant un droit quelconque de copropriétaire, d'usufruit, d'usage ou de servitude (1) ; sinon le terrain resterait *pur* (2), et ne pourrait devenir religieux qu'à compter du moment où le consentement des intéressés serait intervenu.

D. Quelles sont les choses *saintes ?*

R. On appelle ainsi celles qu'une sanction pénale protège contre l'injure des hommes ; car la *sanction* est la partie d'une loi qui établit des peines contre ses infracteurs. Les murs et les portes de Rome sont saints *(de sancire, sanctum) :* la peine de mort est prononcée contre celui qui y porterait atteinte (3).

D. Quel est le droit le plus étendu que nous puissions avoir sur les choses qui sont dans notre patrimoine ?

R. C'est le domaine *(dominium).* Le domaine, en nous donnant sur la chose une puissance entière *(plenam in re potestatem)*, nous la rend propre ; aussi, en prenant l'effet pour la cause, *domaine* et *propriété* sont devenus synonymes.

D. De quels éléments se compose la puissance que donne le domaine ou la propriété ?

(1) On a le droit d'enterrer dans un sépulcre commun, malgré l'opposition des propriétaires, mais on n'a pas le droit de faire, malgré cette opposition, un sépulcre dans un terrain commun.—Cela suppose qu'un lieu religieux peut appartenir à quelqu'un ; mais cela n'est vrai qu'en ce sens, qu'une ou plusieurs personnes peuvent avoir, exclusivement à toutes autres, le droit d'y enterrer leurs morts ; ce droit est transmissible aux héritiers et à l'acquéreur du champ dans lequel se trouve placé l'emplacement religieux. Mais cet emplacement n'en est pas moins hors du commerce ; il ne peut pas être l'objet direct et principal d'une vente ou de tout autre contrat ; il n'est pas libre au propriétaire du champ de changer la destination d'un tombeau, et d'en enlever les dépouilles des morts.

(2) On appelle pur (*locum purum*) le lieu qui n'est ni sacré, ni religieux, ni saint (L. 2, § 4, D. *de relig.* 11, 7).

(3) Les choses saintes ne sont pas précisément de droit divin, mais on les considère comme telles, parce qu'elles sont retirées du commerce, t entourées d'une vénération légale (*quodammodo divini juris sunt*, 10).

R. Elle comprend le pouvoir d'occuper la chose, d'en retirer tous les services et tous les produits, de la modifier, de la diviser, de l'aliéner, même de la détruire ; le tout, sauf les modifications légales. Tous ces droits peuvent se ramener à ceux-ci : 1o droit de retirer de la chose tout l'usage, tous les services qu'elle peut rendre (*usus*) ; 2o droit de percevoir tous ses produits (*fructus*) ; 3o droit d'en disposer soit en l'aliénant, soit en la détruisant (*abusus*) (1) ; 4o droit de la revendiquer dans les mains de tout détenteur (*vindicatio*).

De là est venue la définition du domaine donnée par les commentateurs : *dominium est jus utendi, fruendi et abutendi, quatenus juris ratio patitur.*

D. Comment divise-t-on les manières d'acquérir le domaine ?

R. On les divise en manières du droit naturel (ici *jus gentium*), et manières du droit civil.

D. Combien y a-t-il de manières d'acquérir d'après le droit naturel ?

R. Les commentateurs ne s'accordent pas sur leur nombre : la plupart, prodigues de divisions et de subdivisions, ont trouvé des manières différentes d'acquérir là où d'autres, plus judicieux, selon nous, n'ont vu que des dénominations ou des variétés d'un même mode d'acquisition. Plusieurs auteurs estimables ont pensé qu'elles pouvaient se réduire à trois : l'*occupation*, l'*accession* et la *tradition*. En examinant attentivement les textes, on a remarqué qu'ils ne rangent point expressément l'*accession* parmi les modes d'acquérir la propriété, qu'ils en parlent plutôt comme d'une conséquence de la propriété acquise que comme d'une acquisition nouvelle (2). On a remarqué, en outre, que l'*occupation* et la

(1) *Abuti* ne signifie pas mesurer (*male uti*) : il se prend par opposition à *uti*, et veut dire faire un usage définitif, par exemple, manger un bœuf. *Usus* désigne usage qui se répète, parce qu'il laisse subsister la chose, comme lorsqu'on emploie un bœuf à labourer.

(2) M. Ducaurroy s'exprime ainsi, nos 353, 354 : " Les jurisconsultes romains disent expressément que les choses s'acquièrent *per traditionem* (§ 49, *h. t.*) ; que les choses *nullius* appartiennent au premier occupant (§ 12, *h. t.*) ; mais je n'ai jamais lu dans aucun d'eux que l'accession fut une manière d'acquérir, ni qu'une chose, devenue l'accessoire de l'autre, cessât par cela seul d'appartenir à son premier maître. J'espère même démontrer que les textes décident réellement le contraire.—L'accession, j'en suis convaincu, est un fait qui ne transmet point et par conséquent n'acquiert point à une per-

tradition (1) ne sont que des dénominations diverses données à la possession, suivant qu'elle est prise sur des objets qui n'avaient point de maître, ou transmise par le précédent propriétaire. Ces observations ont conduit à ne reconnaître qu'une manière d'acquérir la propriété d'après la loi naturelle, la *possession*.

sonne la propriété d'une autre ; c'est un fait dont notre titre ne s'occupe que très secondairement, le mot y est à peine prononcé (§§ 26 et 34), et, selon moi, les textes que nous allons parcourir s'occupent bien moins de l'acquisition que de la conservation et des conséquences de la propriété acquise."—Il ne faut pas donner à cette doctrine du savant professeur plus d'extension qu'elle n'en doit comporter. S'il est vrai que l'accession ne *transmet pas* à une personne la propriété d'une autre, il est également vrai qu'elle augmente la propriété du maître de l'objet principal de toute la valeur de l'objet accessoire. Ainsi, lorsque des matériaux sont employés dans la construction d'un édifice élevé sur le sol d'autrui, le propriétaire du sol devenant par accession propriétaire de l'édifice, les matériaux qui composent cet édifice ont évidemment augmenté la propriété primitive. De même, si quelqu'un plante dans son terrain un arbre appartenant à autrui, l'arbre, du moment où il aura poussé des racines, deviendra l'accessoire du sol, et, comme tel, la propriété du maître du sol (*ipsius erit*, § 31). Toutefois, il est exact de dire que, dans tous ces cas, la propriété du maître de l'objet principal s'est augmentée, sans qu'il y ait eu *transmission* en faveur de celui-ci de la propriété qu'avait l'ancien maître, soit des matériaux, soit de l'arbre. Cette propriété n'existe plus ; elle est éteinte par l'incorporation de l'objet accessoire dans l'objet principal. Les matériaux, par exemple, n'ont plus d'existence à part; ils ne peuvent plus former, par conséquent, l'objet d'une propriété particulière. Il y a un édifice, il n'y a plus de matériaux. Il y a si peu *transmission* de propriété du propriétaire des matériaux au propriétaire du sol et de l'édifice, que si, par un événement quelconque, l'édifice était renversé, les matériaux reprenant leur première nature, formant de nouveau une chose à part, pourraient être revendiqués par leur ancien propriétaire, à moins que celui-ci n'en eût reçu la valeur, car alors il y aurait eu aliénation.— En analysant fidèlement les textes, on peut dire que, de droit naturel, la propriété s'acquiert originairement par l'*occupation*, s'augmente en certains cas par l'*accession* et se transmet par la *tradition*.

(1) La *tradition* est un fait complexe qui comprend la cession de la possession, d'une part, et la prise de possession de l'autre. Mais ce n'en est pas moins par la possession que celui à qui la tradition est faite acquiert la propriété.—Pour les objets qui n'ont pas de maître, la simple prise de possession suffit pour faire acquérir la propriété ; mais quand il s'agit de choses appartenant à quelqu'un, la prise de possession doit, pour faire acquérir la propriété au nouveau possesseur, être accompagnée du consentement de l'ancien propriétaire. C'est pour distinguer les deux cas qu'on a créé les expressions *occupation* et *tradition*.

D. De quels éléments se compose la possession proprement dite ?

R. Elle se compose de deux éléments, la détention physique de la chose et la volonté de l'avoir en propriété.— Ainsi, le locataire, l'emprunteur, le mandataire, bien qu'ils aient la détention matérielle de la chose (ce que les jurisconsultes nomment souvent *nuda detentio, naturalis possessio, corporalis possessio*), n'en ont pas la possession proprement dite : *(possessio, civilis possessio, juris possessio)*, parce qu'ils n'ont pas l'intention de posséder pour eux mêmes *(animus possidendi, animus domini)*. Pareillement les fous, les enfants n'ont pas la possession de la chose qu'ils détiennent, parce qu'ils n'ont pas l'intelligence nécessaire pour caractériser l'intention de posséder comme maîtres *(intellectus possidendi)* (1).

D. Quelles sont les choses qu'on acquiert par la simple prise de possession, c'est-à-dire par l'*occupation ?*

R. On acquiert par l'occupation les choses qui n'ont pas de maître, comme les animaux sauvages, les oiseaux, les poissons.—Tous les animaux qui jouissent de leur liberté naturelle appartiennent à l'instant même à celui qui s'en saisit, soit dans son propre champ, soit dans le champ d'autrui, sauf le droit qu'a le propriétaire du fonds d'en interdire l'entrée à tout autre, et de se faire indemniser du préjudice qu'on lui aurait causé. En effet, les animaux sauvages n'appartiennent point au maître du fonds sur lequel ils se trouvent ; ils ne font point partie de ce fonds.

D. Jusqu'à quand conserve-t-on la propriété de ces animaux ?

R. On en conserve la propriété tant qu'on les garde en sa possession : aussitôt qu'ils nous échappent, ils rentrent dans leur condition primitive, et s'ils sont repris, ils appartiennent à celui qui s'en est emparé. Ils sont réputés hors de notre possession lorsqu'ils sont perdus de vue ou même lorsqu'on les voit encore, si la poursuite en est difficile.

D. Quand est-on réputé avoir la propriété d'un animal blessé à la chasse ?

(1) Les textes opposent quelquefois l'expression *in possessione esse* à celle de *possidere*. Il y a entre ces expressions, dont la première s'applique à la *nuda detentio*, la différence qui existe entre *in libertate, in servitute esse*, et *liber* ou *servus esse*.

R. Lors seulement qu'on le tient ; car, juque-là, mille circonstances peuvent nous empêcher de le saisir.— Justinien a rejeté l'avis de ceux qui pensaient que le chasseur est propriétaire tant qu'il poursuit l'animal blessé.

D. Les abeilles ne sont-elles pas au nombre des animaux sauvages ?

R. Oui : elles appartiennent, par conséquent, ainsi que les rayons de miel, non pas à celui sur l'arbre de qui elles se sont posées, mais au premier qui les aura recueillies dans sa ruche.

D. Jusqu'à quand conserve-t-on la possession des abeilles ainsi recueillies, et, en général, de tous les animaux qui, sauvages par leur nature, comme les pigeons, les paons, les cerfs, ont été apprivoisés et ont l'habitude d'aller et de revenir ?

R. Jusqu'à ce qu'ils perdent l'esprit de retour. Ils sont présumés avoir perdu l'esprit de retour lorsqu'ils ont perdu l'habitude de revenir.

D. N'est-ce pas par occupation qu'on devient propriétaire des prisonniers de guerre ?

R. Oui : l'on n'en conserve aussi la propriété que tant qu'on les a en sa possession.

D. Ne peut-on pas considérer les effets de la perte de la possession, à l'égard des choses acquises par occupation, comme les conséquences du droit de *postliminium ?*

R. Oui. (L. VI, D. *de divis. rer. et qua* 7, 8.) : la pêche, la chasse, l'occupation des rivages sont, comme la prise d'un ennemi en guerre, des conquêtes sur l'état primitif des choses, conquêtes qui disparaissent avec le rétablissement de l'ordre naturel.

D. Les décisions précédentes s'appliqueraient-elles aux poules et autres animaux domestiques ?

R. Non : leur nature étant d'être en la puissance de l'homme, on ne saurait leur appliquer le droit de *postliminium* : la propriété ne s'en perd donc pas avec la possession, et celui qui garderait une poule qui se serait échappée de ma basse-cour commettrait un vol.

D. Les choses inanimées ne s'acquièrent-elles pas aussi par la simple prise de possession ?

R. Oui, lorsqu'elles n'ont pas de maître (1). Ainsi, les pierreries, les coquillages trouvés sur le rivage appartiennent au premier occupant. Il en est de même de ce qui est pris à l'ennemi (2).

D Qu'est-ce que l'accession ?

R. L'accession est l'extension que reçoit notre chose par l'union d'un objet accessoire. — Le propriétaire d'une chose acquiert par accession toutes les productions de cette chose, et tout ce qui, même sans son fait, vient s'y attacher, s'y incorporer de manière à en faire partie. C'est ce qu'exprime la règle *accessio cedat principali* (D. 34, 2, *de auro. arg.* L. 19, § 13) (3).

D. Citez des exemples d'acquisitions de ce genre ?

R. Ainsi, les produits de nos terres, les fruits de nos arbres nous appartiennent dès l'instant de leur existence. De même la portée d'un animal et l'enfant d'une esclave appartiennent au maître que l'animal ou l'esclave avait au

(1) Nous verrons plus loin ce qu'on décide à l'égard des choses perdues ou abandonnées.

(2) Le § 17 dit expressément *ea quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt.* Les Romains mettaient même en première ligne, parmi les modes d'acquisition de la propriété, les conquêtes faites sur l'ennemi : *Maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent* (Gaius, 4, 16) ; et la lance était considérée comme le symbole de la propriété légitimement acquise (Gaius, *ibid.* Voy. p. 30). Mais cette manière d'acquérir avait été réglementée par la législation romaine. Ainsi, les fonds de terre n'étaient pas compris dans le butin attribué aux soldats. Le sol, quand il n'était pas laissé aux anciens propriétaires, devenait public, c'est-à-dire la propriété du peuple romain ou de l'empereur (voy. p. 47). Quant aux objets mobiliers, ils étaient quelquefois laissés au premier occupant, comme lorsqu'il s'agissait d'armes ou d'objets pris dans des combats d'avant-postes : mais, le plus souvent, ils étaient mis en commun et partagés par les *quæstores* attachés à l'armée, entre les soldats et l'Etat.

(3) Le mot *accessio* ne désigne pas dans les lois romaines, le fait même de l'accession, mais l'*accessoire*, l'objet réuni à une chose principale.

Les commentateurs se sont demandé si l'accession devait être considérée comme un mode distinct d'acquérir la propriété. Telle était la doctrine des anciens interprètes, d'Heneccius et de Pothier. Elle est encore celle de M. Ortolan, t. I, page 367, et c'est elle qui a prévalu dans notre législation (art. 546 et suiv. du Code civil).

Cependant la plupart des auteurs s'accordent à reconnaître que l'accession ne constitue pas par elle-même un mode nouveau et distinct

moment de sa naissance ; car, avant de naître, le fœtus n'était qu'une portion de sa mère (L. 1, § 1, D. *de insp. vent.* 24, 4). C'est aussi par accession que le propriétaire rivevain profite de tous les atterrissements formés par alluvion.

D. Qu'est-ce que l'alluvion ?

R. C'est un accroissement insensible qui se forme sur la rive sans qu'on puisse apprécier la quantité ajoutée par chaque moment.

D. La portion distincte de terrain enlevée par la violence des eaux est-elle acquise au propriétaire du fonds auquel elle vient à s'attacher ?

R. Non ; dans le cas d'alluvion, l'origine des molécules apportées insensiblement n'est plus reconnaissable ; mais ici, le terrain qui n'est point décomposé reste le même et doit rester au même propriétaire. Si le terrain déplacé avait emporté avec lui des arbres qui vinssent à étendre leurs racines dans la terre voisine, ces arbres seraient acquis au maître de cette terre (1) ; car il est de principe qu'un arbre appartient au sol qui nourrit ses racines (voy. §§ 21 et 31).

D. A qui appartient l'île qui se forme dans la mer ?

R. Elle appartient au premier occupant ; jusque-là elle n'appartient à personne, et elle est chose commune.

D. En est-il de même de l'île qui se forme dans un fleuve ?

R. Non ; cette île est considérée comme l'accessoire des fonds riverains les plus proches ; elle appartient donc aux propriétaires de ces fonds, à chacun proportionnellement à la largeur du fonds qu'il possède sur la rive et pour les points de l'île les plus rapprochés de son côté.

d'acquérir la propriété. Elle n'est jamais indiquée que comme une conséquence de la propriété elle-même, ou comme le simple exercice du droit du propriétaire sur les produits de sa chose.—Voy. Ducaurroy, t. I, n° 349 ; Demangeat, t. I, page 449 ; Accarias, n° 251 ; Ruben de Couder, page 123.

(1) La loi 7, § 2, D. *de acq. rer. dom.* 41, 1, contient le même texte que notre § 21, avec la seule différence qu'au lieu d'*acquisita*, que nous rapportons ici aux arbres, elle porte *acquisita*, que les interprètes ont rapporté au terrain même, en décidant que ce terrain est acquis au maître du fonds auquel il est joint, aussitôt que les arbres ont, par leurs racines, uni l'un à l'autre. Il nous semble qu'on doit préférer la version des *Institutes*, comme présentant une décision plus conforme à la raison et à l'équité (voy. *Thémis*, t. VI, p. 143).

D. Cette décision s'appliquerait-elle au cas où le fleuve, divisant ses eaux sur un point et les réunissant plus bas, couperait en forme d'île le champ d'un propriétaire ?

R. Non : le sol, sous la forme d'île, resterait au même propriétaire. L'île attribuée aux riverains n'est donc que celle qui se forme par desséchement ou par amas de sable.

D. Lorsqu'un fleuve change de lit, que devient le lit qu'il abandonne et celui sur lequel s'établit le cours d'eau ?

R. Il est dans la nature du fleuve de changer le caractère des lieux qu'il occupe ou qu'il délaisse, et de ranger les premiers parmi les choses publiques et les seconds parmi les choses privées. Le nouveau lit devient donc public. Le lit abandonné appartient aux propriétaires riverains, comme accessoire de leurs fonds, en proportion de la largeur de terrain que chacun possède sur la rive, conformément à ce que nous avons dit pour l'île formée par desséchement ou par amas de terre.

D. Si, après un certain temps, le fleuve retournait à son premier lit, que deviendrait le second ?

R. Il appartiendrait, à son tour, aux propriétaires riverains (1).

D. Le terrain couvert par une inondation cesse-t-il d'appartenir au même maître ?

R. Non ; l'inondation, à la différence de l'établissement du lit du fleuve, ne change ni la nature ni la propriété du fonds qu'elle couvre momentanément.

D. L'alluvion, l'île ou le lit abandonné profitent-ils à tous les riverains indistinctement ?

R. Non. Ces accroissements ne profitent pas aux riverains qui sont propriétaires de champs limités, *limitati* (2). Ils n'ont lieu qu'en faveur des riverains propriétaires de

(1) Tel était au moins l'avis de Gaius (L. 7, § 5, D. *de acq. rer. dom.* 41, 1), que Justinien a inséré dans les Institutes, § 22. Toutefois, le Digeste contient une décision de Pomponius, d'après laquelle le second lit retournerait au maître *cujus antea fuit*. L. 50, *cod. tit.* Et Gaius nous avertit lui-même que son opinion ne doit pas être appliquée trop rigoureusement : *sed vix est, ut id obtineat.*

(2) On appelait *agri limitati* ou *assignati* les terres détachées du domaine public et devenues propriétés particulières par suite d'une vente ou d'une concession faite avec certains rites particuliers, et

terrains qu'on appelle *agri arcifinales* ou *occupatorii*, et qui, n'étant pas restreints dans une mesure fixe, ont pour borne naturelle la rivière. Dans ce cas, en effet, on conçoit que la rivière, en se retirant, recule d'autant la limite des propriétés riveraines.

D. Qu'est-ce que la *spécification*, et quels sont ses effets relativement à la propriété ?

R. Les commentateurs appellent *spécification* l'action de transformer une matière première en un objet nouveau, en une nouvelle espèce *(novam speciem)*, par exemple, un bloc de marbre en une statue, de la laine en une étoffe confectionnée.

Lorsque le spécificateur (1) a travaillé sur sa propre matière, il est, sans nulle difficulté, propriétaire de l'objet nouveau, par exemple de la statue qu'il a taillée ou fait tailler dans son marbre, du vase qu'il a fondu avec son argent.

D. Mais s'il a travaillé avec la matière d'autrui, à qui appartient l'objet nouveau ? Est-ce au spécificateur ? est-ce, au contraire, au propriétaire de la matière primitive ?

R. Il y a eu sur ce point de grandes controverses parmi les jurisconsultes romains (2). Les Proculéiens (3), considérant la spécification comme ayant, par le seul changement de forme, dénaturé la matière première, et comme lui ayant substitué un objet entièrement nouveau, appliquaient au maître de la matière la règle qu'on ne peut revendiquer ce qui n'existe plus *(extincta res vindicari non possunt*, § 26), et décidaient que le nouvel objet appartenait à celui qui l'avait

d'après des tracés réguliers. Les propriétaires des terrains ainsi limités ne pouvaient rien prétendre au-delà de la mesure qui leur avait été assignée. Les accroissements formés autour et en dehors de leur propriété, par alluvion ou autrement, étaient donc publics, et devenaient la propriété du premier occupant (L. 1, §§ 6 et 7, *de flumin.* 43, 12).

(1) C'est-à-dire celui qui a fait ou fait faire, car on considère moins l'ouvrier que celui pour lequel il travaille, *cujus nomine factum sit* (L. 27, § 1, *de acq. rer. dom.*)

(2) On reconnaissait unanimement le principe que la propriété d'une chose et le droit de la revendiquer, qui en est le corrollaire, se conservent tant que cette chose continue d'exister. Mais c'était sur l'application de ce principe, sur la question de savoir si l'ancienne chose subsistait malgré la spécification, que les avis étaient partagés.

(3) Voyez dans l'*Introd.*, p. 56, ce que nous avons dit sur les sectes proculéienne et sabinienne.

créé, au spécificateur (1).—Les Sabiniens, au contraire, soutenaient que la matière conservait sa nature et continuait à subsister, malgré le changement de forme ; ils décidaient, en conséquence, que la matière façonnée, le bloc sculpté, le lingot coulé, continuaient d'appartenir au maître de la matière primitive et brute.—On a fini par adopter une doctrine intermédiaire, que Justinien déclare avoir prévalu (*placuit media sententia*). D'après cette doctrine, il faut distinguer : si la matière peut revenir à son état primitif, elle est considérée comme n'étant point dénaturée et comme toujours existante, malgré son changement de forme ; en conséquence, on attribue la propriété de l'objet nouveau au propriétaire de la matière primitive, conformément à l'opinion des Sabiniens (2). Si, au contraire, la matière ne peut plus revenir à son premier état (3), le produit de la spécification considéré, suivant l'avis des Proculéiens, comme une chose toute nouvelle, jusque-là sans existence et sans maître, appartient au spécificateur.

D. Dans ce dernier cas, la spécification doit-elle être considérée comme constituant une manière particulière d'acquérir ?

R. Non, elle n'est, en réalité, qu'une espèce d'occupation : le spécificateur devient propriétaire, parce qu'il a, par son industrie, créé et occupé une chose nouvelle (*quia quod factum est, antea nullius fuerit.* L. 7, § 7, *de acq. rer. dom.* 41, 1).

D. Quel recours a le propriétaire dessaisi de sa matière par suite de la spécification ?

R. Il ne peut plus exercer la revendication : car cette action tend à faire reconnaître un droit de propriété : or, on ne peut se faire reconnaître propriétaire d'une chose qui

(1) Sauf l'indemnité due au maître de la matière. Nous verrons tout à l'heure quelles actions on lui accorde.

(2) Ainsi, le vase que vous avez fondu avec mon argent ou mon airain m'appartient, parce que ce vase peut être ramené en un lingot d'argent ou d'airain.

(3) Si, par exemple, on fait du vin avec des raisins, de l'huile avec des olives. — Justinien cite également comme exemple le cas où l'on aurait fait du froment avec des épis. Cet exemple serait mal choisi, s'il s'appliquait à la simple action de battre le blé ; car tous les grains existent dans l'épi, et, en les dégageant de leurs enveloppes, on ne forme pas une chose nouvelle (L. 7, § 7, D. *de acq. rer. dom.*). Mais

n'existe plus (*extinctæ res vindicari non possunt*). Mais il a contre celui qui lui a soustrait sa matière : 1o l'action de vol (*actio furti*), toute pénale, et qui a pour résultat de faire payer au voleur, à titre de peine, quatre ou deux fois la valeur de la chose volée, suivant qu'il a été ou non pris en flagrant délit (voy. liv. IV, tit. I) ; — 2o la condiction furtive (*condictio furtiva*) ou l'action *ad exhibendum*, actions civiles ayant l'une et l'autre pour but de contraindre le voleur à restituer l'objet volé ou bien à en payer la valeur (1).

D. Est-ce seulement contre le voleur que le propriétaire dépossédé de la matière pourrait agir pour être indemnisé ?

R. Non : le propriétaire dépossédé pourrait exercer la condiction, non-seulement contre le voleur, mais aussi contre plusieurs autres possesseurs (2). Ainsi, il pourrait agir par condiction, contre les héritiers du voleur, contre les possesseurs de mauvaise foi, ou même de bonne foi, s'ils avaient employé la matière et fait ainsi disparaître la propriété du maître de la matière. après avoir été mis en demeure de la rendre. Seulement, dans le cas où celui qu'on poursuivrait

il en serait différemment, et l'exemple serait juste, si on l'appliquait à la conversion du blé en farine, c'est-à-dire à l'action de moudre le blé.

(1) Le mot *condictio* est générique et s'appliquait à toutes les actions personnelles par lesquelles le demandeur soutenait que son adversaire était obligé à lui donner ou à lui faire une chose (*si paret dare, facere, oportere*). Voy. le titre *des actions*, liv. IV, tit. VI. Il y avait plusieurs espèces de condictions. Celle qu'on donnait contre le voleur s'appelait *condictio furtiva ;* elle avait pour résultat de le faire condamner à payer la valeur de l'objet volé. — L'action *ad exibendum* avait pour but de faire exhiber, représenter par quelqu'un un objet qu'il avait caché, fait disparaître ou détruit de mauvaise foi. Si au jour fixé par le juge l'exhibition n'était pas faite, le défendeur était condamné à indemniser le demandeur de tout le préjudice que ce défaut d'exhibition lui causait. Ici, le propriétaire de la matière volée pouvait agir *ad exhibendum* contre le voleur qui l'avait employée et consommée de mauvaise foi, et comme celui-ci était dans l'impossibilité de représenter une chose qui ne pouvait plus revenir à son premier état, il était condamné à tous les dommages-intérêts. — Au reste, l'action *ad exhibendum* et la condiction furtive ayant toutes deux le même but, ne pouvaient être cumulées ; il fallait choisir l'une ou l'autre.

(2) Nous admettons la leçon qui, dans le texte du § 26, veut qu'on lise *quibusdam aliis possessoribus*, et non pas *quibusque aliis*, qui signifierait *contre tous les autres possesseurs*. Cette leçon se trouve justifiée par le § 79 du com. 2 de Gaius.

ne serait pas un voleur, on agirait par une autre condiction que la condiction furtive (1).

D. Si, outre son industrie, le spécificateur avait fourni une partie de sa propre matière, la propriété de l'objet nouveau lui appartiendrait-elle dans tous les cas ?

R. Justinien semble décider l'affirmative (*dubitandum non est, hoc casu, eum esse dominum qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiæ præstaverit* § 25). Cependant, comme cette décision paraît en opposition avec quelques textes du Digeste (L. 2, § 2 ; L. 4 ; et L. 5, § 1, D. *de rei vind.* 6, I.) et que dans les exemples qu'il cite à ce sujet, Justinien ne mentionne que des espèces où la matière ne peut pas revenir à son état primitif, plusieurs auteurs (2) pensent que c'est seulement dans ce cas, suivant la règle générale, que le nouvel objet appartient intégralement au spécificateur, et que, s'il s'agissait de matières susceptibles d'être ramenées à leur ancien état, par exemple d'un vase fondu avec du cuivre appartenant en partie au spécificateur, et en partie à autrui, la chose nouvelle serait commune entre les deux propriétaires de la matière.

D. Si l'on avait brodé un vêtement avec la pourpre d'autrui, à qui appartiendrait le tout ?

R. Il appartiendrait au maître du vêtement, quand bien même la pourpre serait beaucoup plus précieuse que le vêtement ; car tout ce qui sert d'ornement ou de complément est toujours, sans égard à son prix, considéré comme accessoire.

D. Quel recours aurait le propriétaire de la pourpre ?

R. Si la pourpre avait été volée, le propriétaire aurait l'action de vol et la condiction contre le voleur, et cela lors même que la pourpre aurait été brodée sur le vêtement par un autre que celui qui l'aurait soustraite. Il aurait aussi la condiction contre certains autres possesseurs, par exemple, contre celui qui aurait employé la pourpre sans l'avoir volée, mais sachant bien qu'elle appartenait à autrui. Enfin, le propriétaire de la pourpre pourrait, au lieu de la condiction, exercer l'action *ad exhibendum*.

(1) Par la condiction *sine causa* ou par la condiction générale appelée *Triticiaria*, par laquelle on peut réclamer tout ce qui est dû, excepté de l'argent comptant (L. 1. D. *de cond. trit.* 13, 3).

(2) Notamment Vinnius ; Ducaurroy, t. I nº 366. Demangeat, t. I, page 460, et Accarias, page 569, *note* 2.

D. Cette dernière action ne peut-elle pas lui offrir un moyen de rentrer dans sa propriété ?

R. En effet.— La pourpre, devenue l'accessoire du vêtement, n'existe plus comme objet distinct (1) ; c'est pour cela qu'elle ne peut plus être revendiquée par son ancien propriétaire. Mais, pour que celui-ci pût recouvrer sa propriété, et par conséquent la revendication, il suffirait que la pourpre cessât de faire partie du vêtement, de lui être incorporée. Alors effectivement, la pourpre reprenant son caractère de chose distincte, deviendrait susceptible d'être revendiquée. Or, c'est ce résultat que peut produire l'action *ad exhibendum*, puisqu'elle tend à obliger le défendeur à détacher la pourpre du vêtement, pour la représenter, pour l'*exhiber* et la mettre ainsi en état d'être revendiquée (2).

D. Lorsque les matières de deux propriétaires ont été confondues par leur volonté, à qui appartient le résultat du mélange ?

R. Il appartient en commun aux deux propriétaires. — Chacun d'eux a l'action en partage appelée *communi dividundo* (3).

D. Quid, si le mélange des matières a eu lieu par hasard, ou par la volonté d'un seul des propriétaires ?

R. Il faut distinguer si les matières mélangées ont perdu ou conservé leur substance, si elles ne sont plus ou si elles sont encore distinctes et reconnaissables. — Dans le premier cas, par exemple s'il s'agit du vin et du miel qui ont été mélangés pour produire du *mulsum*, le résultat devient commun

(1) Il n'y a plus de pourpre, mais bien un vêtement orné de pourpre.

(2) Ce que nous disons de la pourpre s'appliquerait à tous autres ornements ou compléments, comme au diamant attaché à la pomme d'une épée, à la roue mise au char d'autrui. Paul dit expressément, L. 23, § 5, D. *de rei vind.* liv. VI, tit. I : *Quæcumque aliis juncta, sive adjecta, accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohærent, dominus vindicare non potest : sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur.* — Ainsi, l'accession, en cas de jonction de deux choses qui ne sont pas le produit l'une de l'autre, ne transmet point au propriétaire de la chose principale la propriété de l'objet accessoire ; elle constitue seulement un obstacle temporaire à la revendication de cet objet.

(3) Voy. ce que nous disons sur cette action, liv. IV, tit. XVII.

entre les propriétaires, comme si la confusion (1) avait eu lieu par leur consentement mutuel. Dans le second cas, c'est-à-dire si, malgré le mélange, chaque chose conserve sa substance, par exemple, si le blé ou le troupeau de l'un a été mêlé à celui de l'autre, chacun des propriétaires conserve la propriété de sa chose. Ainsi, chaque grain, chaque tête de bétail continue d'appartenir au même maître.

D. Si l'un des propriétaires possédait seul la totalité du tas de blé ou du troupeau, qu'elle action aurait l'autre ?

R. Il aurait l'action en revendication (puisqu'il est toujours propriétaire), non pas, à la vérité, pour réclamer identiquement les grains, qu'il serait trop difficile de distinguer, mais pour obtenir la quantité et la mesure de blé qui lui appartient dans la masse mélangée. Il serait dans l'office et le pouvoir du juge d'avoir aussi égard à la qualité des grains, et de forcer celui dont le grain serait inférieur à laisser plus à celui dont le grain serait plus beau (2).

D. Celui qui bâtit sur son fonds avec les matériaux d'autrui devient-il propriétaire des matériaux ?

R. Le propriétaire du fonds acquiert la maison qui en est l'accessoire (*omne quod solo inædificatur, solo cedit*), mais la maison prise dans son ensemble ; car les matériaux, considérés isolément, continuent à appartenir à leur ancien propriétaire, puisque l'assemblage n'en détruit pas la substance. Il semblerait donc que celui dont on a employé les matériaux pourrait agir *ad exhibendum*, comme le propriétaire de la pourpre qu'un autre a ajoutée à l'habit ; mais la loi des Douze Tables a dérogé à la rigueur des principes dans l'intérêt public, pour ne pas obliger à démolir. Le propriétaire des matériaux n'a donc ni l'action *ad exhibendum*, ni, par suite, l'action en revendication, tant que l'édifice est debout ; il n'a qu'une action appelée *de tigno juncto* pour se faire payer le double de la valeur des matériaux. Mais si l'édifice venait à être renversé (et qu'il n'eût pas encore reçu le double, ce

(1) On appelle, à proprement parler, *confusion*, le mélange de choses liquides ou réduites à l'état liquides ; et mélange (*commixtio*), le rapprochement d'objets non liquides, dont les particules ne se confondent pas.

(2) En effet, l'action en revendication est une action *arbitraire*, c'est-à-dire une action qui laisse au juge la latitude de déterminer un mode de satisfaction auquel le défendeur doit se conformer pour éviter une condamnation plus grave (voy. le tit. *des actions*).

qui aurait fait acquérir au constructeur la propriété des matériaux), le maître des matériaux aurait l'action *ad exhibendum* et en revendication (1).

D. En sens inverse, lorsqu'un individu a construit sur le terrain d'autrui avec ses matériaux, à qui appartient l'édifice ?

R. Il appartient, comme accessoire, au propriétaire du terrain.

D. Quelle sera la ressource du propriétaire des matériaux ?

R. S'il a été de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a construit sur un terrain qu'il savait bien ne pas lui appartenir, il est censé avoir consenti à perdre la propriété des matériaux ; il n'a donc rien à réclamer (2). S'il a été de bonne foi, il peut, lorsqu'il est en possession, opposer à l'action du propriétaire du terrain l'exception de dol *(doli mali)*, au moyen de laquelle il ne serait pas condamné, si le demandeur ne lui payait la valeur des matériaux et de la main-d'œuvre (3). Le constructeur de bonne foi peut aussi, après la démolition de l'édifice, agir *ad exhibendum* et en revendication.

D. A qui appartiennent les arbres plantés et les graines semées sur le terrain d'autrui ?

R. Ils appartiennent au propriétaire du terrain, alors, toutefois, qu'ils ont pris racine. Jusque-là, la plante reste à son ancien maître ; mais aussitôt qu'elle tire ses sucs nourriciers du nouveau sol, elle devient une plante nou-

(1) Si le constructeur avait été de mauvaise foi, il serait tenu de l'action de vol, et en outre, de la condiction furtive ou de l'action *ad exhibendum*. qui se donnerait dans ce cas contre le constructeur, non pas comme possédant les matériaux, mais comme ayant agi de mauvaise foi, de manière à ne plus les posséder (L. 1, § 2, ff. *de tig juncto* 47, 3), ne pouvant pas représenter les matériaux, le constructeur serait condamné à indemniser le propriétaire dépossédé.

(2) Du moins dans la rigueur des principes ; mais dans l'applicatiou on use de moins de sévérité (voy. L. 2, C. *de rei vind.* 3, 32 ; L. 6, § 3, ff. *de neg. gest.* 3, 5).

(3) Pour que cette exception pût lui servir, il fallait qu'il fût en possession, et par conséquent défendeur (voy. liv. IV, tit. XIII, ce que c'est qu'une exception). S'il ne possédait pas, n'aurait-il donc aucun moyen de se faire indemniser ? Dans la rigueur des principes, il n'aurait aucune action (L. 14, D. *de doli mali except.*), si ce n'est peut-être l'action *negotiorum gestorum*. L. 6, § 3, et L. 49, D. *de neg. gest*). Mais M. Fresquet (t. I, page 575) établit, d'une manière très plausible que, si le constructeur avait été expulsé violemment

velle, qui, même après avoir été arrachée, ne retourne plus à son ancien propriétaire (1).

D. Aurait-on égard à la situation du tronc, pour décider auquel des deux propriétaires voisins l'arbre doit appartenir ?

R. Non (2) l'arbre appartient au propriétaire du fonds dans lequel il a poussé ses racines ; s'il les a poussées dans les deux héritages, il est commun.

D. Si quelqu'un écrivait sur le papier ou peignait sur la toile d'autrui, à qui appartiendrait le manuscrit ou le tableau ?

R. Le manuscrit appartiendrait au propriétaire du papier, parce que l'écriture ne change pas la substance qui la reçoit. (3) Par la même raison, le tableau semblerait devoir appartenir au propriétaire de la toile ; cependant Justinien, tranchant la question controversée avant lui (voy. *Gaius*, 2, § 77), décide que la tableau appartiendra au peintre, par le motif qu'il est ridicule que le travail d'un Appelles ou d'un Parrhasius devienne l'accessoire de la plus vile toile.

D. Le peintre aura donc l'action en revendication contre le maître de la toile qui posséderait le tableau ?

R. Oui, sauf l'exception de dol accordée au propriétaire de la toile pour se faire indemniser. Celui-ci aurait même une action *utile* en revendication contre le peintre qui possesseur du tableau, refuserait de payer la valeur de la toile (4).

du fonds par le propriétaire, il aurait l'interdit *unde vi*, et, s'il avait perdu la possession sans violence, l'interdit *uti possidetis* (voy. le tit. *des interdits*) pour se faire remettre en possession et arriver ainsi à pouvoir opposer à la revendication du propriétaire l'exception de dol.

(1) Du reste, le propriétaire de la plante peut se faire indemniser soit par l'exception de dol lorsqu'il possède, soit, dans le cas contraire, par une action *utile* en revendication, ou par une action personnelle *in factum*, c'est-à-dire accommodée à ce cas, auquel ne s'étendait pas l'action *de tigno juncto*.

(2) Pomponius était d'avis contraire (L. 6, § 2, D. *arbor. furt. Cæsarum* 47, 7.), et son opinion a été suivie par les rédacteurs du code Napoléon (voy. art. 672).

(3) Il ne s'agit point ici de la propriété littéraire de l'ouvrage, mais seulement de la propriété de l'écriture.

(4) On appelle actions *utiles*, par opposition aux actions *directes*, celles qui ne résultent pas directement du droit lui-même, mais que

D. Le possesseur de bonne foi n'acquiert-il pas comme le propriétaire du fonds les fruits qu'il perçoit ?

R. Le possesseur de bonne foi est, en effet, assimilé au propriétaire, pour tous les fruits qu'il détache du sol, ces fruits lui appartiennent par le fait et au moment de leur perception (*quos percepit ejus esse*). Cependant, s'ils ne sont pas encore consommés, quand le maître du fonds exerce la revendication, il entre dans les pouvoirs du juge de les faire restituer par le possesseur, en sorte que celui-ci n'acquiert définitivement que les fruits consommés avant que son erreur ait cessé.—Quant au possesseur de mauvaise foi, la perception des fruits ne l'en rend en aucune façon propriétaire, et il doit tenir compte de ceux même qu'il a consommés ou qu'il a manqué de percevoir (voy. L. IV, tit. XVII, *de l'office du juge*).

D. Qu'entend-on par possesseur de bonne foi ?

R. On entend par possesseur de bonne foi celui qui a reçu d'un individu que, par erreur, il croyait propriétaire, un fonds de terre à titre de vente, de donation, ou à tout autre titre qui aurait pour effet légal de transmettre la propriété, si la tradition avait été faite par le véritable propriétaire et par un propriétaire capable (*justa causa*, voyez tit. VI).

D. N'y a-t-il que le possesseur de bonne foi qui fasse siens les fruits perçus sur le fonds d'autrui ?

R. L'usufruitier et le fermier, quoiqu'ils détiennent la chose sans intention de la posséder comme leur propriété, acquièrent la propriété des fruits, lorsque la perception en est faite par eux-mêmes ou en leur nom ; les fruits tombés ou détachés par un voleur ne leur appartiendront que quand ils les auront pris ou ramassés. Il y a cette différence (*eadem fere*) entre le droit de l'usufruitier et celui d'un fermier, que l'usufruit s'éteignant par la mort de l'usufruitier, les fruits, quoique mûrs, qui n'ont pas été perçus à cette époque, ne peuvent pas être acquis par la perception à ses héritiers, tandis que le droit du fermier passant à ses héritiers, ceux-ci peuvent recueillir et acquérir les fruits à sa place.

l'équité, l'utilité, ont fait introduire par imitation d'une action existante dans la loi, par exemple, en supposant à certaines personnes des qualités qu'elles n'ont pas. Ici, l'on accorde la revendication comme si le propriétaire de la toile était propriétaire du tableau ; ce n'est donc (*consequens est*) qu'une action utile.

D. Ce que vous venez de dire des fruits s'applique-t-il aux produits et au croît des animaux ?

R. Oui, le possesseur, l'usufruitier en deviendraient, d'après les distinctions précédentes, propriétaires par la perception. Il en serait différemment de l'enfant d'une esclave : cet enfant n'est pas considéré comme fruit, car les fruits se bornent aux produits que l'on tire d'une chose par l'usage auquel elle est particulièrement destinée, et les esclaves sont destinées à travailler plutôt qu'à faire des enfants (L. 27, ff. *de hæred. pet.* 5, 3) ; en conséquence, l'enfant de l'esclave n'est point acquis à l'usufruitier ; il appartient toujours au maître de la mère.

D. Qu'est-ce que la tradition ?

R. La tradition est le transport de la possession d'une personne à une autre.

D. Quelles conditions sont exigées pour que la tradition opère la translation de propriété ?

R. Il faut que celui qui livre la chose en soit propriétaire, et qu'il ait la capacité et l'intention d'en transférer la propriété, et que celui qui la reçoit ait la volonté d'acquérir.

D. Lorsque l'un a l'intention de transférer, l'autre celle d'acquérir la propriété, importe-t-il de savoir quelles sont les causes déterminantes de leurs volontés ?

R. Non. Ainsi, quoique je veuille vous transférer la propriété, parce que je crois y être obligé par testament, tandis que vous croyez en être créancier par suite d'une stipulation, vous n'en deviendrez pas moins propriétaire.

D. La chose vendue et livrée devient-elle aussitôt la propriété de l'acheteur ?

R. Non. Le vendeur n'étant censé vouloir transférer la propriété qu'autant qu'il recevrait le prix, il faut que ce prix lui ait été payé pour que la propriété soit transférée, à moins que le vendeur ne se soit contenté de toute autre satisfaction, comme d'un gage, d'une caution, ou qu'il ait suivi la foi de l'acheteur, c'est-à-dire qu'il n'ait entendu transférer la propriété indépendamment du prix, pour le payement duquel il s'en serait rapporté à l'acheteur ; car c'est sa volonté qu'il faut ici considérer, et la propriété est transférée au

moment de la tradition, lorsque le vendeur a voulu que l'aliénation fût actuelle, pure et simple.

D. Importe-t-il que la tradition soit faite par le propriétaire lui-même, ou par un autre, avec son consentement ?

R. Non. Ainsi, lorsqu'un propriétaire a donné à une personne la *libre* administration de ses biens, et que cette personne vend et livre un des objets compris dans sa gestion, la propriété est transférée.

D. La tradition est-elle même toujours nécessaire pour qu'il y ait translation de propriété ?

R. Non ; c'est la *possession*, jointe au consentement du propriétaire, qui opère la translation de la propriété : la tradition n'est qu'un moyen de donner la possession. Si donc celui à qui on veut transférer la propriété est en possession d'une manière quelconque, la tradition est inutile. Ainsi, lorsqu'après avoir loué ou donné en dépôt une chose, on la vend au locataire ou dépositaire, celui-ci, qui dès lors commence véritablement à posséder *(animo domini)*, acquiert la propriété par la simple volonté du propriétaire, sans tradition (1).

D. Est-il nécessaire que l'objet dont on veut transférer la propriété soit livré entre les mains mêmes de celui qui veut l'acquérir ?

R. Non, car la possession nous est acquise toutes les fois qu'une chose est mise à notre disposition, sous notre puissance. Ainsi, pour transférer la possession et la propriété des marchandises déposées dans un magasin, il suffit de re-

(1) *Sine traditione* (§ 44). Il est donc inutile de recourir à une tradition *fictive*, appelée de *brèvs main*, et de dire que mon locataire est censé m'avoir rendu ma chose, et que moi je suis sensé la lui avoir remise à titre de vente. Il est question, dans les textes, d'une tradition de *brève main*, mais c'est dans des cas très différents de ceux-ci. Par exemple, il y a tradition de brève main lorsque, voulant transférer à Titius la chose que vous voulez me livrer, je vous charge de la lui remettre directement. Dans ce cas, deux traditions se confondent en une seule, mais il se fait véritablement une tradition (voy. L. 3, §§ 12 et 13, ff. *de don. int. vir.*, 24, 1). Il est question aussi, dans les textes, d'une tradition de *longue main ;* par exemple, suivant la loi 79, ff. *de solut.* 46. 3, lorsqu'un débiteur vient payer la somme qu'il me doit, et, par mon ordre, la dépose *in conspectu meo*, la possession m'est acquise *longa manu*, c'est-à-dire par les yeux; car les anciens, rapportant tous les sens au toucher, considé-

mettre les clefs du magasin ; car celui qui a les clefs du contenant a réellement le contenu en sa puissance (1).

D. La propriété peut-elle être transférée à une personne incertaine ?

R. Oui, lorsque telle est la volonté du propriétaire. Ainsi, lorsque les consuls ou les préteurs jetaient au peuple des pièces de monnaie, leur intention était de transférer la propriété à celui qui pourrait s'en saisir, et le premier occupant en devenait propriétaire.

D. La propriété d'un objet abandonné ne serait-elle pas aussi acquise au premier occupant ?

R. Oui, Justinien assimile ce cas au précédent, et ne voit dans l'abandon qu'une tradition faite à une personne indéterminée (voy. aussi L. 5, § 1, ff. *pro derel.*, 41, 7.) ; mais il est plus exact de dire que le premier occupant devient propriétaire de la chose abandonnée parce qu'elle n'a point de maître ; car le délaissant ne s'occupe point de ce que deviendra la chose et de l'acquisition que tout autre en pourrait faire (voy. L. 1 et L. 2, § 1, 2, ff. *eod.*).

D. Quand est-ce qu'un objet est abandonné ?

R. Lorsque le propriétaire l'a rejeté avec l'intention qu'il ne fût plus à lui. Sans cette intention, on pourrait perdre la possession sans perdre la propriété. Ainsi, celui qui, dans une tempête, jette ses marchandises dans la mer pour alléger son navire, en conserve la propriété, parce qu'il n'a point eu la pensée d'y renoncer ; et ceux qui, les trouvant sur les flots ou sur le rivage, s'emparent de ces marchandises pour

raient la vue comme une longue main. Mais il n'y a pas dans ce cas de tradition *fictive* ; car la tradition s'opère réellement lorsque nous nous trouvons, à l'égard d'une chose, dans une position de laquelle il résulte, dans l'opinion commune, que nous avons cette chose en notre puissance (voy. la quest. suiv.).

(1) Ici encore, les commentateurs ont imaginé une tradition fictive, qui consisterait en ce que la remise des clefs serait la tradition *symbolique* des marchandises contenues dans le magasin ; mais il est ridicule de supposer que les clefs puissent être le symbole du blé que renferme mon grenier. Les clefs ne sont qu'un moyen d'avoir en sa puissance les choses renfermées ; leur remise même ne constitue la remise de la possession qu'autant qu'elle se fait près de la porte du magasin (L. 74, *de cont. emp.*, 18, 1.) : si elles n'étaient qu'un symbole, le lieu où la remise s'en ferait serait bien indifférent.

en faire leur profit, commettent un vol. Il en est de même des objets perdus, par exemple de ceux qui tombent d'une voiture sans que le propriétaire y prenne garde.

D. En est-il de même des objets cachés dans la terre ou dans un bâtiment ?

R. Oui. Cependant lorsqu'il n'existe plus aucun souvenir d'un pareil dépôt, et qu'ainsi personne ne peut justifier qu'il en est propriétaire, la chose cachée devient un *trésor*, et, à ce titre, peut être acquise au premier occupant, d'après les distinctions suivantes :

La propriété du trésor appartient entièrement à l'inventeur, lorsqu'il l'a trouvé dans son propre fonds, ou lorsqu'il l'a découvert par hasard dans un lieu sacré ou religieux ; il n'en a que la moitié lorsque le trésor est trouvé par cas fortuit dans le fonds d'autrui, l'autre moitié étant attribuée au propriétaire du fonds ; enfin, l'auteur n'a aucun droit au trésor qu'il découvrirait par suite de fouilles pratiquées à dessein sur le fonds d'autrui ; ce trésor serait dévolu en entier au propriétaire du terrain (§ 39).

D. Nous avons vu comment la propriété s'acquiert suivant le droit des gens ; dites-nous comment elle s'acquérait d'après le droit civil ?

R. Les manières d'acquérir d'après le droit civil étaient : 1o La mancipation ; 2o la cession *in jure* ; 3o la tradition (1) ; 4o l'usucapion ; 5o l'adjudication ; 6o et la loi (2).

D. Qu'est-ce que la mancipation ?

(1) Ou plutôt la possession ; car, ici encore, la tradition n'est qu'un moyen d'arriver à la possession.—Nous allons voir qu'avant Justinien, la tradition n'était un moyen d'acquérir la propriété civilement que pour certaines choses, pour les choses *nec mancipi*.

(2) C'est Ulpien qui nous fournit cette énumération des moyens civils d'acquérir la propriété des objets particuliers : *Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege*, tit. XIV, *fr.* 2.— Ulpien ne mentionne pas un mode particulier d'acquisition qui n'était plus en usage de son temps, et qu'on appelait *sub corona emptio*. C'était une vente publique des prisonniers de guerre qu'on exposait en vente ceints d'une couronne. Il en est question dans Varron, *de re rustica*, II, 10, 4, et dans Aulu-Gelle, N. A., VII, XIII, 24, 4.— Ulpien ne parle pas non plus de la *bonorum emptio*, vente publique des biens échus à l'État, parce que, de son temps, ce mode de vente s'appli-

R. C'est une vente solennelle faite avec certains gestes et certaines paroles sacramentelles, en présence d'un porte-balance *(libripens)* et de cinq témoins citoyens romains (1). — Elle ne s'appliquait en général qu'aux choses corporelles (2).

D. Qu'est-ce que la *cession en justice ?*

R. La cession en justice *(in jure cessio)* consistait dans le simulacre d'un procès en revendication. L'acquéreur revendiquait, avec les solennités ordinaires de la revendication, la chose comme sienne *(Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio)* ; le vendeur reconnaissait le droit de son adversaire, ou n'opposait point de contradiction, et le magistrat (le préteur à Rome, le président dans les provinces) adjugeait *(addicebat)* la chose à celui qui la réclamait (3).

D. Qu'est-ce que l'*usucapion ?*

quait ordinairement à un ensemble de biens, et constituait par conséquent une manière d'acquérir par universalité. Cependant cette vente, appelée aussi *subhastatio*, de la lance dressée à l'endroit où la vente se faisait, s'employait aussi pour les choses déterminées *(res singulares)*, et, sous Justinien, la *subhastatio* ne désigne même plus qu'une vente publique d'objets particuliers (L. 4, 5. C. *de fide et jure hastæ.* 10, 3). — L'énumération d'Ulpien nous donne l'occasion de faire remarquer que, contrairement au principe posé dans l'article 1138 du Code Napoléon, la propriété ne se transmet pas, en droit romain, par le seul effet du consentement. Il faut qu'à la volonté des parties se joignent certains faits extérieurs, certaines formalités juridiques, comme la mancipation, ou la tradition avec ses formes variées.

(1) Nous avons exposé dans l'*Introd.*, p. 30, les formes de la mancipation. Nous en parlerons encore au tit. *de la forme des testaments.*

(2) Il fallait, dans la cérémonie, tenir avec la main l'objet dont on voulait faire l'acquisition, ou un fragment de cet objet. Une motte de terre représentait le champ aliéné. — Dans le principe, la mancipation était une vente réelle, en ce sens que le métal donné en échange de la chose achetée était le prix véritable et réellement payé. Plus tard, la vente ne fut plus que fictive (*imaginaria quædam venditio*, Gaius, 1, 119) : le morceau de métal ou la pièce de monnaie dont l'acquéreur touche la balance avant de la remettre au vendeur n'est que le simulacre du prix (*quasi pretii loco*, *id.*) : il n'y a que la forme extérieure qui est conservée.

(3) La mancipation n'exigeant pas la présence du magistrat, comme la cession en justice, était d'un usage plus fréquent que celle-ci. Mais il faut se rappeler que la mancipation ne s'appliquait pas, en général, aux choses incorporelles (*a*). En sorte que la cession en justice était d'un usage indispensable pour acquérir les choses de cette

R. C'est l'acquisition de la propriété par une possession continue d'un an pour les meubles, de deux ans pour les immeubles (voy. ci-après le tit. VI du liv. II).

D. Comment acquérait-on par *adjudication ?*

R. Lorsque le juge saisi d'une action en partage d'une hérédité *(familiæ erciscundæ)*, ou d'une action en partage d'une chose commune *(communi dividundo)*, ou d'un procès ayant pour objet la fixation des limites entre propriétaires contigus *(finium regundorum)*, réglait les parts ou la limite des intéressés. Chacun acquérait la propriété de ce qui lui était adjugé par la sentence (voy. ci-après liv. IV, tit. XVII, *de l'office du juge*).

D. Quel est le mode d'acquisition qu'on désigne sous le nom d'acquisition par la loi *(lege)?*

R. On comprend sous la dénomination d'acquisition par la loi *(lege)* divers cas où la propriété est acquise en vertu d'une disposition spéciale de la loi. Tel est le cas du legs pour lequel la loi des Douze Tables disait : *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (1).

D. La tradition considérée comme mode d'acquérir du droit civil, était-elle applicable à toutes sortes de choses, même corporelles (2) ?

nature, par exemple, un usufruit, une servitude urbaine (voy. les tit. III et IV ci après). Nous avons vu la cession *in jure* employée pour opérer l'adoption, tit. XI, et l'affranchissement, tit. V.

(1) Tel était aussi, du temps d'Ulpien, le cas où, en vertu de la loi *Pappia Poppea* (voy. *Introd.*., p. 51), les libéralités testamentaires faites à un célibataire ou à une personne sans enfant étaient attribuées, comme caduques, aux autres héritiers ou légataires qui avaient des enfants.

(2) La tradition, et, en général, la possession, ne s'appliquent véritablement qu'aux choses corporelles. *Possideri autem possunt, quæ sunt corporalia*, dit Paul, l. 3, D. *de acquirend., vel amitt.*, 41, 2. Mais nous verrons au titre *de l'usufruit*, que, pour les objets incorporels, on a admis une *quasi-possession* qui consiste dans deux éléments, l'exercice du droit et l'intention de l'exercer comme maître de ce droit.

(*a*) Cependant la mancipation s'appliquait aux servitudes rurales. Il paraît bien aussi qu'une hérédité qui, considérée comme le droit à l'universalité des biens d'un défunt, est une chose incorporelle, se transmettait par mancipation, car le testament *per æs et libram* n'était primitivement qu'une mancipation de l'hérédité représentée sans doute, dans la cérémonie, par un objet dépendant de la succession.

R. Non, du moins dans le droit d'avant Justinien ; on faisait à cet égard une distinction importante entre les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi*.

D. Expliquez-nous cette distinction et le rôle qu'elle a joué dans l'histoire du droit romain ?

R. Cette distinction est fort ancienne ; un passage de Gaius semble établir qu'elle était antérieure à la loi des Douze Tables (1). Elle se rapporte, en effet, à une époque où le droit romain, comme celui de toutes les civilisations peu avancées, était revêtu de formes rigoureuses et symboliques.

Dans les premiers siècles de Rome, il n'y avait qu'une sorte de propriété *(dominium ex jure Quiritium)* ; en sorte qu'on était propriétaire à la forme du droit civil, ou qu'on ne l'était pas du tout ; le citoyen romain était seul capable d'avoir cette propriété romaine. Pour la transférer ou l'acquérir, il ne suffisait pas, en général, de la simple tradition ; il fallait employer les solennités de la mancipation ou de la cession *in jure*. Cependant il y avait des choses peu précieuses, ou d'un usage tellement journalier qu'il eût été par trop gênant de ne pouvoir les acquérir qu'en ayant recours à ces procédures solennelles. De là, sans doute, la distinction entre les choses *mancipi*, pour lesquelles les formes de la mancipation ou des autres modes solennels de la loi étaient nécessaires, et les choses *nec mancipi*, pour lesquelles la simple tradition suffisait.

Ulpien (19, *frag.* 1) nous a conservé l'énumération des choses *mancipi*. Ce sont : 1o tous les héritages en Italie, soit ruraux, comme un fonds, soit urbains, comme une maison ; 2o les servitudes attachées aux héritages ruraux, comme les droits de passages, d'aqueducs et autres (2) ; 3o les esclaves et les animaux domestiques qui servent de bêtes de traits ou de somme (*quæ dorso collove domantur*), comme les bœufs, les mulets, les chevaux et les ânes. — Toutes les choses non comprises dans cette énumération sont *nec mancipi* : tels

(1) Voici ce passage, com. 2. § 47 : *Mulieris, quæ in agnatorum tutela erat res mancipi usucapi non poterant, præterquam si ab ipsa tutore auctore traditæ essent : idque ita lege XII Tabularum cautum erat.*

(2) Les servitudes rurales étaient considérées comme plus importantes que les servitudes urbaines, à cause sans doute de leur utilité pour l'agriculture.

étaient notamment les héritages situés dans les provinces (1), les éléphants, les chameaux et tous les autres animaux sauvages ; enfin toutes les servitudes, excepté les servitudes rurales en Italie (2).

Lors donc qu'une chose *mancipi* avait été aliénée par simple tradition, sans l'emploi des solennités légales, l'aliénation était nulle : celui qui avait aliéné conservait le titre de *dominus ex jure Quiritium* et le droit de revendiquer la chose. Il n'y avait de remède à cela que dans l'usucapion, qui donnait à la possession d'un an pour les meubles, et de deux ans pour les immeubles, l'effet de conférer au possesseur le domaine romain.

Tel était le droit ancien, le droit des Douze Tables. Il en résultait : Io que les étrangers ne pouvaient avoir aucune propriété, aux yeux de la loi civile ; car le domaine romain

(1) Excepté toutefois ceux qui se trouvaient dans les parties des provinces auxquelles on avait accordé le *jus italicum*. Voy. p. 47 et la fin de la note suivante.

(2) On a remarqué que toutes les choses *mancipi*, sans exception, sont des choses qui étaient possédées par les Romains des premiers temps ; que toutes, sans exception, sont des choses qui ne se consomment pas par l'usage ; mais que la réciproque de ces deux propositions n'est pas vraie. De ces observations et de quelques autres, M. Ortolan, qui a emprunté une grande partie de ce système à Hugo, conclut (t. II, p. 16) : 1o Que c'étaient les premiers Romains qui avaient désigné les choses *mancipi*, dont le nombre, après la conquête de l'Italie, ne fut jamais augmenté ; 2o qu'ils n'avaient donné ce caractère qu'à des choses prises dans la classe de celles qui ne se consomment pas par l'usage ; 3o que dans cette classe ils n'avaient choisi que celles qui se distinguaient spécialement les unes des autres, et qui avaient le plus de valeur ou d'utilité. Les raisons de ces trois particularités sont celles-ci : 1o Après la conquête de l'Italie, aucun nouvel objet ne fut mis dans la classe des choses *mancipi*, parce qu'à cette époque, le droit des gens s'étant introduit, ayant adouci la législation primitive, on donna plus d'extension à la simple tradition ; 2o on n'avait pris les choses *mancipi* que dans la classe de celles qui ne se consomment pas par l'usage, parce que les objets de consommation étant d'un emploi journalier, se transmettant de l'un à l'autre à chaque instant, pour ces objets les formalités de la mancipation eussent été impraticables ; 3o parmi les choses de non-consommation, on n'avait pris que celles qui se distinguaient spécialement les unes des autres, parce qu'il fallait que les témoins de la mancipation pussent reconnaître la chose et attester que c'était elle qui avait été mancipée en leur présence ; enfin on n'avait désigné que celles qui avaient le plus de valeur ou d'utilité, parce que, pour les objets moins précieux, il n'était pas nécessaire de

ne pouvait appartenir qu'à des citoyens (1), et eux seuls pouvaient se servir des formules sacramentelles employées dans la mancipation et dans la cession *in jure* (EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO). Il en résultait 2o que, même entre citoyens, les transactions étaient entravées par la nécessité de recourir à des formes d'une solennité gênante.

Ce droit, qui pouvait convenir à l'état primitif de la société romaine, dut paraître insuffisant et trop rigoureux quand des relations plus fréquentes se furent établies entre les Romains et les étrangers, et que l'introduction à Rome de nouvelles richesses, fruit des conquêtes et de la civilisation croissante, eut multiplié les actes de commerce et les mutations de propriété. Alors on éprouva un de ces besoins d'agrandir le cercle de l'ancien droit, de déroger à ses rigueurs, auxquels les préteurs surent donner satisfaction sans toucher au texte de la loi des Douze Tables.—Voici le moyen qu'ils trouvèrent.—Quand une chose *mancipi* avait été transférée à un acquéreur par la simple tradition naturelle, et que le vendeur, resté propriétaire *ex jure Quiritium*, la revendiquait, les préteurs accordaient au possesseur une *exception* (2) au moyen de laquelle celui-ci repoussait une prétention fondée en droit civil, mais contraire à la bonne foi.

recourir à des solennités si rigoureuses. Par ces observations, on s'explique fort bien pourquoi on ne rangeait pas parmi les choses *mancipi* : 1o les immeubles hors d'Italie, quoiqu'ils pussent avoir une grande importance ; les chameaux, quoiqu'ils fussent bêtes de somme ; 2o l'or et l'argent, bien qu'ils fussent très-précieux ; les perles et les pierreries, quelle que fût leur valeur ; les chiens, les bestiaux, les animaux sauvages apprivoisés, etc., bien qu'ils se distinguassent les uns des autres et ne fussent pas objets de consommation. Quant aux biens situés en province, outre la raison que je veux indiquer ici, savoir qu'ils sont survenus après la conquête d'Italie, il en existe une autre plus décisive, c'est que le sol des provinces était censé appartenir ou au peuple romain, ou à l'empereur, et non aux possesseurs, qui étaient considérés comme n'ayant qu'une espèce de jouissance perpétuelle.

(1) Ou aux Latins et aux *peregrini* qui avaient obtenu le *commercium*, voy. *Introd.*, p. 36.

(2) L'exception *rei venditæ et traditæ* (L. 1, 2, 3, D. *de exc. rei vend. et trad.*, 21, 3.), ou l'exception générale de dol (D. *de dol. mal.*, 44, 4).—On sait, et on verra, au tit. *des actions*, que le préteur ne jugeait pas lui-même la question du procès, mais qu'il renvoyait cette question à un citoyen constitué juge ou juré, avec ordre de condamner ou d'absoudre le défendeur, selon que la question serait

Les innovations prétoriennes ne s'arrêtent pas là. Comme l'exception paralysait seulement l'action du propriétaire *ex jure Quiritium*, mais ne défendait pas l'acquéreur contre les tiers, lorsqu'il venait à perdre la possession de la chose *mancipi* avant de l'avoir usucapée, un préteur nommé Publicius, et qu'on pense avoir vécu du temps de Cicéron, imagina l'action *publicienne*, qui donne à l'acquéreur dépossédé le même droit de revendication qu'il aurait eu si le temps nécessaire pour l'usucapion se fût accompli avant la dépossession. Les préteurs inventèrent aussi divers *interdits* (voy. liv. IV, tit. XV) pour protéger la possession obtenue dans des conditions équitables *(nec clam, nec vi, nec precario)*.

Il arriva de là que la position de celui qui avait reçu une chose même *mancipi*, par la simple tradition naturelle, cessa d'être précaire, et forma un véritable droit de propriété, sans en avoir le titre. Cette propriété est désignée, dans les textes, par la périphrase *in bonis habere* (1) ; Théophile, et après lui un grand nombre de commentateurs, l'ont appelée *domaine naturel* ou *bonitaire*.

Il se trouva dès lors une double propriété, le domaine *quiritaire (ex jure Quiritium)* et le domaine naturel *(in bonis)*, le premier du droit civil, ne pouvant appartenir qu'aux citoyens romains et ne s'acquérant que par les modes du droit civil ; le second du droit des gens, pouvant appartenir même aux *peregrini*, et s'acquérant sans solennité, par la simple tradition (2). Quand le domaine quiritaire appartenait à un autre qu'à celui qui avait la chose *in bonis*, on lui donnait le nom de *nudum jus Quiritium*, pour exprimer qu'il était réduit à une valeur nominale.

résolue affirmativement ou négativement. Ici, au lieu de soumettre la condamnation du défendeur à une simple question de propriété qui eût été nécessairement résolue contre celui qui ne possédait une chose *mancipi* qu'en vertu d'une simple tradition, le préteur ajoutait cette autre instruction ou exception, *qu'il n'y aurait pas eu vente et tradition* ou *qu'il n'y aurait pas eu mauvaise foi* de la part du demandeur, condition ou exception qui devait faire absoudre le défendeur.

(1) Il y a entre *in bonis esse* et *suum esse*, la même différence qu'entre *in libertate esse* et *liber esse*, voy. *Introd.*, p. 40.

(2) Et par les autres modes reconnus par le droit prétorien, et que nous ferons connaître dans la suite, comme la *bonorum possessio*, espèce de succession prétorienne, l'*emptio bonorum*, etc.

D. L'établissement de cette propriété naturelle, prétorienne, ne fut-il pas surtout nécessaire dans les provinces ?

R. Oui. Outre que les habitants des provinces *(peregrini)*, qui n'avaient pas obtenu le *commercium*, étaient incapables d'être propriétaires *ex jure Quiritium* (1), la condition particulière des fonds provinciaux ne permettait pas que les détenteurs, fussent-ils Romains, en eussent la propriété civile. En effet, le sol des provinces, à moins que ce ne fût celui d'une cité jouissant par privilége du *jus italicum*, était considéré comme la propriété du peuple romain ou de l'empereur (voy. *Introd.*, p. 47). Théoriquement, les détenteurs n'en pouvaient donc avoir que la jouissance, la possession. Mais cette possession, protégée par le droit prétorien, devint une propriété naturelle, transmissible par la tradition et par les autres modes du droit des gens (2).

D. Ces théories subsistaient-elles encore du temps de Justinien ? Que décida cet empereur ?

R. La distinction du domaine quiritaire et du domaine naturel subsistait encore en théorie à l'époque de Justinien ; mais le domaine naturel *(in bonis)* ayant obtenu successivement tous les avantages de la propriété civile, cette distinction avait perdu, dans la pratique, toute son importance.

(1) Cette incapacité fut levée par la constitution de Caracalla, qui donna le titre de citoyens à tous les sujets de l'empire, du moins à tous les ingénus, voy. p. 49.

(2) C'était seulement quand le détenteur se trouvait en présence du droit de l'Etat ou du Prince, que la *possessio* n'était qu'une simple occupation sans valeur légale ; mais, dans la sphère du droit privé et dans les rapports du détenteur avec les tiers, la possession devint, grâce au préteur, une institution juridique. Ce fut une propriété particulière qui eut dans l'édit sa législation spéciale, et qui fut susceptible d'être vendue, donnée, transmise par testament ou par succession, mais suivant des formes plus simples que celles établies pour la propriété proprement dite.—C'est en vertu du droit éminent de l'Etat sur les fonds qui, quoique occupés par des particuliers, étaient restés propriété publique, que les détenteurs de l'*ager publicus* ont été quelquefois dépossédés par une de ces *leges agrariæ* qui ont soulevé tant d'orages, non pas parce que le droit de l'Etat à reprendre ces fonds était contesté, mais parce que l'usage de ce droit offrait de graves difficultés en face d'une occupation devenue respectable par sa durée et par les travaux du tenancier. Voy. l'excellent article de M. Laboulaye sur les lois agraires chez les Romains, dans la *Revue de législation*, t. II, de l'année 1846, p. 392,

Justinien l'abrogea expressément. Il supprima également la distinction des choses *mancipi* et *nec mancipi*, ainsi que celle des fonds italiens et des fonds provinciaux. Il décida, en conséquence, qu'il n'y aurait plus qu'une espèce de propriété, jouissant d'ailleurs de tous les avantages créés par le droit prétorien, et transmissible pour toutes les choses corporelles sans distinction *(cujuscumque generis sit corporalis res*, § 40), par la simple tradition (1).

Titre II.—*Des choses corporelles et incorporelles.*

D. Quelles sont les choses corporelles ?

R. Ce sont celles qui tombent sous les sens : *quæ tangi possunt*, dit le texte, parce que les anciens rapportaient tous les sens au toucher.

D. Quelles sont les choses incorporelles ?

R. Ce sont celles qui n'ont rien de physique et qui consistent dans un droit *(in jure consistunt)*, comme un droit d'hérédité *(hæreditas)*, d'usufruit, d'usage, ou une obligation. —Les droits, en effet, sont toujours incorporels, quoiqu'ils puissent avoir et qu'en général ils aient pour objet des choses corporelles.

D. Vous avez dit (tit. I) que le domaine ou la propriété se compose, outre le droit de revendication, de trois attributions différentes, de trois droits partiels : 1o du droit d'user de la chose, *usus ;* 2o du droit d'en jouir, *fructus ;* 3o du

(1) Dès lors la mancipation dut tomber en désuétude complète. La cession *in jure* devint aussi inutile, sauf peut-être pour l'établissement de quelques servitudes (voy. tit. III ci-après) —Quant à l'usucapion, elle eût été désormais sans objet, si l'on n'eût considéré en elle que l'acquisition du domaine quiritaire sur les choses livrées par leur véritable maître, et conséquemment aliénées par la tradition même ; mais l'usucapion avait un autre but : elle transférait en plusieurs cas la propriété des choses dont la possession n'avait pas été livrée par le propriétaire. Alors, en effet, la tradition était insuffisante, même d'après le droit des gens, pour aliéner la chose d'autrui, mais le droit civil suppléait quelquefois à cette insuffisance, et réunissait la propriété à la possession continuée pendant le temps fixé. Sous ce rapport, les effets de l'usucapion étaient indépendants de la distinction des choses *mancipi*, et sous ce rapport aussi, elle a survécu à cette distinction, mais en subissant dans la législation de Justinien des modifications qui seront expliquées ci-après, tit. VI, *des usucapions.*

droit d'en disposer, *abusus :* ces droits partiels sont-ils toujours et nécessairement réunis ?

R. Non ; le droit d'user de la chose et celui d'en jouir peuvent, soit ensemble, soit séparément, appartenir momentanément à un autre qu'au propriétaire. Dans ce cas, la chose dont un étranger peut tirer un service quelconque est soumise à une servitude (*res servit*) que l'on nomme *personnelle*, parce qu'elle est directement attribuée à une personne désignée.

D. D'autres droits particuliers ne peuvent-ils pas être démembrés du droit de pleine propriété ?

R. Oui ; ainsi un fonds peut être assujetti, pour l'avantage d'un autre fonds, à certains services particuliers, par exemple à un droit de passage. Ce droit, établi pour l'utilité d'un fonds, ne profite aux personnes qu'indirectement ; il est attaché au fonds et se transmet avec lui. Ces sortes de droits constituent les servitudes proprement dites, que l'on nomme *réelles*, par opposition aux servitudes *personnelles*.

TITRE III.—*Des servitudes d'héritages ruraux et urbains.*

D. Comment se divisent les servitudes réelles ?

R. Elles se divisent en servitudes d'héritages ruraux et servitudes d'héritages urbains.

D. Qu'entend-on ici par héritages ruraux et urbains ?

R. On entend ici (1) par héritage rural, le sol ; et par héritage urbain, les constructions, quelles que soient d'ailleurs leur situation et leur destination. On donne donc le nom de servitudes rurales à toutes celles qui tiennent au sol (*in solo consistunt*) : on appelle servitudes urbaines celles qui tiennent aux édifices (*ædificiis inhærent*), et ne peuvent exister sans eux.

D. Quelles sont les principales servitudes rurales ?

(1) *Ici*, c'est-à-dire en matière de servitudes, car dans d'autres circonstances, et en général lorsqu'il s'agit de distinguer, non pas la nature des servitudes, mais celle d'un héritage en lui-même, on appelle propriétés rurales, non-seulement les champs, mais aussi les bâtiments qui y sont construits pour leur exploitation ; de même qu'on nomme propriétés urbaines, non seulement les bâtiments de la ville, mais encore les cours et les jardins qui en sont l'accessoire.

R. C'étaient les servitudes de passage, d'aqueduc (1), le droit de puiser de l'eau (*aquæ haustus*), d'abreuver ou de faire paître un troupeau, de cuire de la chaux, de prendre du sable dans un champ.

D. N'y avait-il pas plusieurs servitudes de passage ?

R. Oui ; on en distinguait trois : *iter*, *actus* et *via*.

Iter était le droit de passer à pied et à cheval, ou même en litière (*jus eundi*).

Actus, était le droit de faire passer une bête de somme ou une voiture (*jus agendi*). Celui qui avait *actus* avait par accessoire *iter*, du moins ordinairement ; car on pouvait avoir le droit de passer avec des bestiaux, sans avoir celui de passer sans eux. (2)

Via était le droit de se servir d'une voie pour tous ses usages ; ainsi, de passer, soit seul, soit avec des bestiaux ou une voiture. *Via* se composait de la réunion d'*iter* et d'*actus*. Il différait d'*actus*, non-seulement par la largeur du chemin (3) mais encore : 1o en ce que, dans *actus* le droit de conduire une voiture n'était pas nécessairement joint à celui de conduire les bêtes de somme, tandis que les deux droits étaient indispensables pour qu'il y eût *via* ; 2o en ce que, dans *actus*, *iter* n'était pas nécessairement compris, et que, lorsqu'il y était compris, ce n'était pas comme objet spécial de la servitude, tandis que dans *via*, *iter* se trouvait toujours, et comme objet direct, réuni à *actus*.

D Quelles étaient les principales servitudes urbaines ?

R. Elles étaient relatives au droit de faire supporter ses constructions par celles de son voisin (*oneris ferendi*), de reposer sa poutre (*tigni immittendi*), d'élever ou de ne pas élever un bâtiment jusqu'à telle hauteur (*altius* ou *non altius tollendi*), de recevoir ou de ne pas recevoir l'eau d'un toit (*stillicidii vel fluminis recipiendi vel non recipiendi*).

(1) Lors, toutefois, que c'est sur le sol que l'eau doit couler ; car le droit de faire passer l'eau sur l'édifice constituerait une servitude urbaine. L. 11, § 1, *de publ. in rem, act*, 6, 2.

(2) " Qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur." (L. 4, § 1. *si servitus vindicetur*, 8, 5).

(3) La largeur commune de *via* avait été déterminée par la loi des Douze Tables ; elle était de huit pieds, et, dans les détours, de seize. L. 8, D., de servit. præd. rust., 8, 3. Viæ latitudo ea lege Duodecim Tabularum in porrectum octo pedes habet ; in anfractum, id est, ubi flexum est, sexdecim.

D. Comment le droit d'élever et celui de ne pas élever un bâtiment jusqu'à telle hauteur peuvent-ils constituer tous les deux une servitude ?

R. Une servitude consiste essentiellement dans une exception aux droits ordinaires de la propriété. Si donc des statuts locaux déterminaient, dans l'intérêt des propriétés voisines, la hauteur commune des bâtiments, la nécessité qu'un propriétaire aurait imposée à ses voisins, soit de tenir leurs bâtiments au-dessous de la hauteur légale, soit de souffrir que le sien s'élevât au-dessus, constituerait, dans le premier cas, la servitude *altius non tollendi* ; dans le second cas, la servitude contraire, *altius tollendi*. — C'est aussi suivant que les statuts locaux ordonneraient à chacun de garder l'égout de son toit sur son propre fonds, ou imposeraient au voisin la nécessité de le recevoir, que le droit *stillicidii recipiendi* et le droit *stillicidii non recipiendi*, pourraient l'un et l'autre constituer une servitude.

D. Les servitudes peuvent-elles imposer l'obligation de faire ?

R. Non ; elles n'obligent qu'à souffrir ou à s'abstenir. En effet, les servitudes ne sont que des démembrements de la propriété ; or, la propriété, fût-elle pleine et entière, n'impose jamais la nécessité de faire et agir (1).

D. N'y a-t-il pas quelque exception ?

R. Il y a une exception relative à la servitude *oneris ferendi*. Cette servitude oblige le propriétaire du fonds servant (2) à tenir la colonne ou le mur sur lequel repose le bâtiment du voisin en état de le soutenir, c'est-à-dire à y faire toutes les réparations convenables : tandis que, dans la règle ordinaire, c'est au propriétaire du fonds dominant à faire les travaux nécessaires à l'exercice de son droit.

D. Pourquoi les servitudes réelles sont-elles appelées prédiales (*jura prædiorum*) ?

R. Parce qu'elles ne peuvent exister sans qu'il y ait deux

(1) Cependant un individu peut s'engager envers son voisin à faire quelque chose, par exemple à cultiver son jardin ; mais c'est là une obligation personnelle : ce n'est point une servitude attachée à l'héritage et transmissible avec lui.

(2) On appelle fonds *servant*, l'héritage sur lequel la servitude est imposée, et *dominant* celui en faveur duquel elle est établie.

héritages (*sine prædiis*), l'un dominant, l'autre servant. Car c'est uniquement sur un héritage (1), et pour l'utilité ou du moins l'agrément d'un autre héritage, que les servitudes proprement dites peuvent être établies. Le droit que j'aurais donné à mon voisin de profiter personnellement de mon jardin pour s'y promener (*spatiari*), ou même pour y cueillir un fruit (*pomum decerpere*), ce droit et autres semblables pourraient constituer une servitude personnelle, comme l'usage ou l'usufruit, mais non une servitude proprement dite ou servitude réelle.

D. Est-il nécessaire, pour l'existence d'une servitude réelle ou prédiale, que l'héritage dominant et l'héritage servant soient contigus ?

R. Les deux héritages doivent être voisins, et encore cela ne doit-il s'entendre que d'un voisinage suffisant pour que la servitude puisse être exercée. Mais la contiguïté n'est pas indispensable, du moins en général, car il y a quelques servitudes, comme le *jus stillicidii*, le *jus tigni immittendi*, qui supposent nécessairement deux héritages contigus. — En définitive, la seule condition essentielle, c'est que la servitude puisse être physiquement exercée.

D. Comment s'établissent ou s'acquièrent les servitudes ?

R. Dans l'ancien droit, les servitudes s'acquéraient, en règle générale, par les moyens civils qui servaient à acquérir la propriété quiritaire, c'est-à-dire par la mancipation, la cession *in jure*, l'adjudication et la loi (ce qui comprend les legs) (2).

La mancipation, toutefois, ne s'appliquait qu'aux servitudes rurales, lesquelles étaient seules au nombre des choses *mancipi*. — Pour constituer une servitude urbaine entre-vifs, il fallait nécessairement recourir à la cession *in jure* (3). —

(1) Qui dit héritage dit chose immobilière. Les meubles ne peuvent pas être l'objet d'une servitude réelle : ils ne sont pas, à raison même de leur mobilité, susceptibles de procurer ce genre d'utilité habituelle et durable que facilite entre deux immeubles leur position respective et permanente.

(2) Voy. ci-devant, liv. I, tit. I.

(3) Il en était de même pour l'usufruit et les autres servitudes personnelles qui n'étaient pas non plus comprises dans les choses *mancipi*.

L'usucapion, du moins depuis une loi Scribonia (1), qu'on place généralement en l'an 720, sous le triumvirat d'Antoine, d'Octave et de Lépide, ne s'appliquait à aucune servitude.— Enfin, il faut remarquer qu'on pouvait, dans la cession en justice ou dans la mancipation d'un objet, se réserver sur cet objet, soit l'usufruit, soit une servitude prédiale, et, par cette réserve, constituer l'usufruit ou la servitude *(usumfructum, servitutem deducere, detrahere, excipere)*.—La tradition ne pouvait établir aucune servitude, pas même celles qui n'étaient pas au nombre des choses *mancipi*, parce que les servitudes, étant des choses incorporelles, ne sont pas susceptibles d'être l'objet d'une véritable tradition ou possession (2).

Tel était le droit pour les immeubles situés en Italie. Dans les provinces, les fonds n'y étant susceptibles, ni de la mancipation, ni de la cession *in jure* (3), il y avait impossibilité légale d'y constituer de véritables servitudes. Aussi, pour y suppléer, avait-on recours aux pactes et aux stipulations, c'est-à-dire que le propriétaire qui voulait assujettir son fonds à un service quelconque envers son voisin, après avoir pactisé sur le genre de servitude qu'il consentait à s'imposer, s'engageait, par *stipulation* (4), à ne rien faire pour empêcher son cocontractant d'exercer le droit qu'il lui garantissait. Ce pacte et la stipulation qui lui servait de sanction, ne donnaient au voisin aucun droit réel, ne produisaient aucun démembrement véritable de la propriété ; mais, en constituant une obligation personnelle, en donnant l'action *ex stipulatu* contre

(1) Paul parle de cette loi comme ayant supprimé l'usucapion des servitudes. L. 4, § 29, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3.

(2) *Incorporales res*, dit Gaius, 2, § 28, précisément à propos des servitudes, *traditionem non recipere manifestum est.*

(3) Les particuliers n'ayant pas de propriété proprement dite sur les fonds provinciaux (voy. p. 48), ne pouvaient non plus avoir sur ces fonds des démembrements d'une propriété qui n'existait pas.

(4) Gaius,, 2, § 31, dont Justinien a reproduit littéralement les expressions dans le § 4 de notre titre, dit que, pour se procurer, dans les provinces, le bénéfice d'une servitude, on avait recours aux pactes ET aux stipulations, *pactionibus et stipulationibus*, et non pas aux pactes OU aux stipulations. Nous verrons, en effet, au liv. III, tit. XV, que le simple pacte, c'est-à-dire la simple convention, ne suffisait pas, en général, pour produire une obligation ; qu'il fallait pour cela employer les solennités de la *stipulation*, qui consistaient en une interrogation et une réponse faites dans des termes sacramentels. Il y

celui qui s'était engagé (1), procuraient des avantages quelque peu semblables à ceux de la servitude proprement dite.

C'était là le droit rigoureux, le *jus civile*. Mais ici encore, comme pour l'acquisition de la propriété elle-même, les préteurs introduisirent, dans la pratique, des innovations équitables. Ils considérèrent que si la servitude, à raison de sa nature incorporelle, n'est pas à proprement parler susceptible d'être livrée et possédée, l'exercice de la servitude pour celui qui veut l'acquérir, et la tolérance de celui qui veut la constituer, équivalent à la tradition. Ils ont, en conséquence, attribué à cette *quasi-tradition* un effet analogue à celui que produit, en matière de propriété, la tradition véritable, c'est-à-dire qu'ils ont protégé la quasi-possession et la jouissance de la servitude, d'abord par les interdits possessoires, puis par la revendication fictive qui porte le nom d'action *publicienne* (voy. L. 2, tit. I, *in fine*).—Ils ont aussi donné à la réserve du droit d'usufruit ou de servitude, faite en transmettant une chose par simple tradition, l'effet que produisait, dans l'ancien droit, cette réserve mise dans la mancipation ou dans la cession *in jure*.—Enfin, ils ont établi, à l'égard des servitudes urbaines qui ont un caractère de possession continue (2), et à l'égard de quelques servitudes rurales, comme le droit de passage et le droit d'aqueduc, une prescription de long temps (*longi temporis præscriptio*), au moyen de laquelle ils maintiennent la jouissance de ceux qui ont exercé pendant longtemps une servitude (3).

avait, en matière d'obligation, la même différence entre le simple pacte et la stipulation, qu'en matière de propriété, entre la simple tradition et la mancipation.

(1) L'action *ex stipulatu* avait pour résultat de faire condamner celui qui ne remplissait pas son engagement à payer des dommages-intérêts. Souvent le montant de la somme à payer était déterminé dans une stipulation accessoire. Ainsi, après avoir dit : "Promettez-vous de souffrir telle servitude?—Je le promets," les parties ajoutaient : "Et si vous y mettez obstacle, promettez-vous de me payer 100 sous d'or à titre de peine?—Je le promets."

(2) Les servitudes urbaines, sauf celles qui consistent à s'abstenir, comme le *jus altius non tollendi*, ont en effet un caractère de continuité que n'ont pas, en général, les servitudes rurales. Ainsi, la pontre qui appuie sur le mur du voisin, la gouttière qui penche sur son terrain, la fenêtre qui domine sa cour, sont toujours là; tandis que le passage, le puisage, le pacage, ne s'exercent que par moments.

(3) Voy. ci-après, tit. VI, *des usucapions*, etc.

D. Quel est l'état du droit sous Justinien, en ce qui concerne l'établissement des servitudes ?

R. Sous Justinien, les innovations prétoriennes ont été sanctionnées par la législation ; le droit civil se confond avec le droit prétorien. La mancipation a disparu ; la cession *in jure* est aussi en désuétude. Les servitudes s'établissent : 1o par des pactes accompagnés de la *quasi-tradition ;* elles s'établissent même sans quasi-tradition, lorsqu'en aliénant sa chose par tradition, le propriétaire se réserve sur cette chose telle ou telle servitude (1). Elles s'établissent en outre, 2o par testament *(lege)* (2) ; 3o pour quelques-unes d'entre elles, par prescription ou usucapion (3) ; 4o et enfin par adjudication (4).

D. Les pactes et les stipulations qui ne sont pas accompagnés de la quasi-tradition, ne peuvent donc pas constituer, par eux-mêmes, les servitudes ?

R. Non ; sauf le cas dont nous avons parlé, où la servitude résulte de la réserve que le propriétaire en a faite en aliénant sa chose, la tradition est nécessaire pour constituer conventionnellement une servitude. Les pactes et les stipulations ne produisent qu'une obligation personnelle. Et il n'est pas dans la nature des obligations, qui ne créent qu'un lien personnel et relatif, de constituer par elles-mêmes des droits réels et absolus, comme la propriété et ses démembrements (5) ; c'est par la tradition, et non par le seul effet

(1) La tradition, en effet, n'opère jamais la translation de propriété, que conformément à la volonté du propriétaire qui la fait, et dans les limites fixées par cette volonté. Elle ne transmet conséquemment qu'une propriété démembrée, lorsque l'ancien propriétaire se réserve, sur la chose qu'il livre, une servitude quelconque.

(2) Avant Justinien, tous les legs n'établissaient pas directement la servitude : quelques-uns obligeaient seulement l'héritier à l'établir ; on distinguait, à cet égard, le legs *per vindicationem* du legs *per damnationem*, ou *sinendi modo*. Voy. ci-après le titre XX, *des legs*.

(3) La prescription et l'usucapion se confondent sous Justinien. Voy. ci-après, tit. VI, *des usucapions*, etc.

(4) Lorsque, dans les procédures en partage, le juge grève les fonds de l'un d'une servitude au profit des fonds d'un autre.

(5) *Obligationum substantia*, dit Paul, L. 3, D. de oblig. et act., 44, 7, *non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum,* AUT SERVITUTEM NOSTRAM FACIAT ; *sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.*

des conventions, que les droits de propriété s'acquièrent (1). C'étaient là des principes fondamentaux en droit romain. Les pactes et les stipulations relatives à l'établissement d'une servitude obligent donc celui qui s'y est engagé à donner, à constituer la servitude, en souffrant son exercice ; mais celle-ci n'existe véritablement comme droit réel qu'au moment où il y a eu quasi-tradition (2).

D. Comment s'éteignent les servitudes ?

R. Les servitudes s'éteignent : 1o par la perte, la destruction de l'un des héritages dominant ou servant ; comme si l'édifice est renversé, le terrain emporté, envahi par les eaux. Si l'édifice est reconstruit, la servitude revit.—2o Par la confusion, lorsque le même individu devient propriétaire des deux fonds ;—3o par la remise de la servitude par le propriétaire du fonds dominant au propriétaire du fonds servant (3) ; 4o par le non-usage (4), dont la durée a été fixée par Justinien à dix ans entre présents, et vingt ans entre absents (5).

(1) *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* L. 20, C. *de pactis*, 2, 3.

(2) Telle est du moins l'opinion la plus accréditée en France, et la plus conforme aux principes élémentaires du droit romain. Voy. M. *Ducaurroy*, no 432 ; M. *Ortolan*, tit II, p. 152. Néanmoins il y a controverse sur ce point, et plusieurs commentateurs enseignent que la simple convention suffit pour établir les servitudes, surtout les servitudes *négatives*, c'est-à-dire celles qui consistent à s'abstenir, comme la servitude *altius non tollendi*. On peut voir dans le *Manuel* de Mackeldey la liste des auteurs qui ont traité la question en Allemagne. Voyez aussi : Pellat, *Exposé des princ. gén.*, p. 62 et suiv., et Blondeau, *Chrestomathie*, p. 413.

(3) Dans l'ancien droit, cette remise ne pouvait légalement se faire que par la cession *in jure ;* dans le nouveau droit confirmatif des innovations prétoriennes, elle peut se faire par un simple pacte.

(4) Soit que, pendant le temps requis, on n'ait pas du tout usé de la servitude, soit qu'on n'en ait pas usé de la manière qu'on devait (*per modum*) ; car, lorsqu'on n'exerce pas une servitude, soit réelle, soit personnelle, de la manière qu'on doit l'exercer, lors, par exemple, qu'on use d'une prise d'eau sur un point ou dans un temps autres que le point ou le temps où l'on doit en user, la servitude se perd à l'expiration du même délai qui la ferait perdre si on ne l'exerçait pas du tout.

(5) Ce temps ne courait, pour les servitudes urbaines, que du jour où le propriétaire du fonds servant, pour acquérir la libération de son fonds (*libertatem usucapere*), avait fait quelque acte contraire à la

TITRE IV.—*De l'usufruit.*

D. Qu'est-ce que l'usufruit ?

R. L'usufruit est le droit d'user *(usus)* et de jouir *(fructus)* de la chose d'autrui, sans en altérer la substance (1).

D. Pourquoi dites-vous *de la chose d'autrui* ?

servitude, par exemple avait élevé son bâtiment plus haut, bouché les jours, enlevé les gouttières, etc.

(1) *Salva rerum substantia*, dit le texte. Ces mots ont donné lieu à de vives controverses. M. Ducaurroy et plusieurs autres commentateurs les traduisent par : *tant que dure la substance.* C'est cette traduction que nous avons adoptée dans nos premières éditions. Elle s'appuie sur la liaison de ce passage du texte avec quelques autres, notamment avec celui qui suit immédiatement : *Est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est :* car l'usufruit est un droit sur un corps, et, ce corps périssant, le droit doit nécessairement périr ; ce qui semble annoncer, d'après M. Ducaurroy, qu'on s'occupe ici non des obligations qu'impose l'usufruit, mais de sa durée. En y réfléchissant, nous avons donné la préférence à l'avis de ceux qui considèrent le *salva rerum substantia* comme déterminant, non pas précisément les obligations de l'usufruitier, mais l'étendue du droit que donne l'usufruit. Voici nos raisons : 1o la définition donnée par la traduction de M. Ducaurroy pèche par trop de naïveté ; car elle revient à dire qu'il faut que l'usufruit s'exerce sur quelque chose ; 2o cette définition est fausse, puisque l'usufruit, loin de durer autant que la substance de la chose, s'éteint par la mort de l'usufruitier et par plusieurs autres événements indépendants de la perte de la chose ; 3o l'argument tiré de la liaison entre diverses phrases du texte s'affaiblit beaucoup quand on observe que ces phrases, accolées par Justinien, ne sont pas du même auteur (l'une est de Paul, l'autre est de Celse. Voy. L. 1 et 2, D. *de usuf et quemod.*, 7, 1) ; 4o enfin le sens des expressions *salva rerum substantia*, est indiqué par un passage d'Ulpien (*Frag.* tit. XXIV, §§ 26, 27), où ce jurisconsulte dit que, régulièrement, on ne peut léguer l'usufruit que des choses dont il est possible de jouir *salva substantia*, sans les consommer, etc. Le *salva rerum substantia* signifie donc, d'après nous, que l'usufruitier a l'*usus* et le *fructus*, mais non pas l'*abusus*. Tel est aussi l'avis de M. Ortolan, t. II, p 161, et celui de M. Demangeat, t. 1. p. 515.

Une troisième interprétation paraît être plus généralement adoptée aujourd'hui. Elle consiste à traduire les mots : *salva rerum substantia*, par "tant que l'état actuel ou la destination de la chose n'est pas changé."— C'est l'interprétation donnée par M. Accarias, p. 602, et par M. Labbé, à son cours.

Cette traduction, exacte en elle-même, ne nous paraît pas devoir

R. Parce que l'usage et la jouissance ne sont des droits spéciaux que pour ceux à qui la chose n'appartient pas ; car autrement ces droits se confondraient avec la propriété même, et n'en seraient que la conséquence. Nul ne peut donc avoir une servitude quelconque sur sa propre chose, *nemini res sua serrit.*

D. Que comprend le droit d'user *(usus)* ; que comprend celui de jouir *(fructus)* ?

R. Le droit d'user *(jus utendi)* s'entend du droit de se servir de la chose et d'en retirer toute l'utilité qu'elle peut rendre sans en prendre aucun produit et sans, bien entendu, en altérer la substance, comme d'employer des bestiaux au labour ou à tel autre travail, d'habiter une maison, etc. —Le droit de jouir *(jus fruendi)* consiste dans le droit de percevoir tous les fruits de la chose.—L'usufruit se composant de la réunion de ces deux droits, il en résulte que l'usufruitier a, de plus que le simple usager, le *jus fruendi*, de moins que le propriétaire, le *jus abutendi.*

D. Comment distingue-t-on entre les divers produits d'une chose ceux qui ont le caractère de fruits ?

R. C'est la destination des choses qui donne à leurs produits le caractère de fruits. Ainsi le lait, la laine, le poil et le croît des bestiaux sont considérés comme fruits, parce qu'on a des bestiaux pour produire tout cela. L'usufruitier a droit de s'approprier tous ces produits. Il en est différemment de l'enfant d'une esclave (voy. ci-devant, livre II, tit. 1), et, en général, de tout ce qui n'est qu'un accessoire ou un résultat accidentel de la chose soumise à l'usufruit (1).

D. De quelle manière l'usufruitier doit-il jouir de l'objet soumis à l'usufruit ?

R. Il doit en jouir en bon père de famille (*quasi bonus pater familias*, inst. livre II, t. 1. *De divis. rerum*), ce qui l'oblige, en général, à faire tout ce qu'un propriétaire qui voudrait conserver sa chose. L'usufruitier, en effet,

être admise, parce qu'elle ne répond pas à ce qui est le propre d'une définition, reproduire les caractères principaux et généraux de la chose définie. — Les mots *salva rerum substantia*, ainsi traduits, ne viseraient qu'un cas spécial et restreint de l'extinction de l'usufruit.

(1) Ainsi, l'alluvion, l'île née près du fonds, le legs fait à l'esclave, n'entrent pas dans la classe des fruits ; l'usufruitier n'a pas droit, par conséquent, de se les approprier.

outrepasserait son droit s'il jouissait de manière à ne pas conserver la chose, puisqu'il n'a pas le *jus abutendi*.

D. Quelles sont les obligations de l'usufruitier d'un troupeau ?

R. L'usufruitier, devant conserver la chose soumise à l'usufruit, ne profite du croît d'un troupeau qu'à la charge de remplacer les bêtes mortes ou vieillies par autant de jeunes, prises sur celles que le troupeau a produites (*ex fetu*, § 38 *de rer. div.*)(1).—De même l'usufruitier d'un jardin ou d'une vigne n'en jouit qu'à la charge de remplacer les arbres morts.

D. L'usufruit donne-t-il, de plein droit, la propriété des fruits ?

R. Non ; l'usufruit donne le droit de percevoir les fruits et de les acquérir en les percevant ou en les faisant percevoir. Mais c'est la perception seule, c'est-à-dire la prise de possession des fruits, qui en rend l'usufruitier propriétaire ; jusque là, les fruits appartiennent au propriétaire du sol (2).

D. Comment s'établit l'usufruit ?

R. Dans l'ancien droit, l'usufruit s'établissait par testament, par la cession *in jure* et par l'adjudication dans les procédures en partage ; il ne pouvait s'établir ni par la mancipation, parce qu'il n'avait pas été mis au nombre des choses *mancipi*, ni par la simple tradition, parce que les objets incorporels, comme l'usufruit, ne peuvent pas être l'objet d'une véritable tradition ; il ne pouvait s'établir d'une manière légale sur les fonds provinciaux privés du *jus italicum* : aussi, pour suppléer à l'usufruit réel, avait-on recours, dans les provinces, aux pactes et aux stipulations, c'est-à-dire que,

(1) Un animal, considéré individuellement, n'est pas destiné à vivre éternellement. Lors donc qu'il meurt sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est pas tenu de le remplacer. Un troupeau, au contraire, est destiné à vivre toujours, parce qu'on n'y considère pas les individus, mais l'ensemble (*universitas*), et que cet ensemble reste toujours le même quand les individus changent, quand les vieilles brebis sont remplacées par des jeunes.

(2) Voy. ci-devant, livre II, tit. I. — Si les fruits étaient volés avant que l'usufruitier les eût récoltés, celui-ci n'aurait contre le voleur, ni l'action en revendication, ni la condiction furtive, qui n'appartiennent qu'au propriétaire de l'objet volé, l'une quand l'objet existe encore, l'autre quand il est consommé ; mais l'usufruitier aurait l'*actio furti*, qui se donne à toutes les personnes intéressées à ce que le vol n'eût pas lieu.

dans l'impossibilité de constituer un véritable usufruit, on faisait prendre à celui qui consentait à l'accorder sur son fonds l'engagement de laisser jouir son cocontractant, de ne rien faire pour empêcher la perception des fruits, la jouissance de fait. Du reste, les préteurs avaient remédié à la rigueur de ce droit primitif, en considérant l'exercice du droit d'usufruit comme constituant une *quasi-possession*, et en protégeant cette *quasi-possession* par les interdits possessoires et par l'action publicienne en revendication (1).

Dans le dernier état du droit, les fonds provinciaux ayant été assimilés aux fonds italiens, la distinction des choses *mancipi* et *nec mancipi* étant effacée, et les moyens d'acquérir du droit prétorien ayant été confirmés par la législation impériale, l'usufruit s'établit :—1o par testament ; 2o par les pactes suivis de la quasi-tradition, ou par la réserve de l'usufruit faite en aliénant la chose par tradition ; 3o par l'adjudication du juge dans les actions en partage (2) ;—4o directement par la loi dans quelque cas (3).

D. Ne peut-on pas établir l'usufruit par testament de plusieurs manières ?

R. Oui : on peut établir l'usufruit par testament de trois manières : 1o en léguant l'usufruit à quelqu'un, la nue propriété (*proprietas*) restant alors à l'héritier ; 2o en léguant le fonds sous réserve de l'usufruit (*deducto usu fructu*), qui appartient alors à l'héritier ; 3o en léguant l'usufruit à une personne, et le fonds moins l'usufruit (*deducto eo*) à un autre légataire.

D. Dans ce dernier cas, faut-il que le testateur déduise expressément l'usufruit du legs du fonds, s'il veut que le légataire de l'usufruit ait seul la jouissance ?

R. Oui : car autrement le droit de jouir étant naturellement compris dans le legs du fonds, la jouissance se trouverait léguée implicitement au légataire du fonds, et explicitement au légataire de l'usufruit ; de sorte que l'un et l'autre

(1) Voyez, sur tout cela, ce que nous avons dit au titre III, *Des servitudes*.

(2) Le juge peut, dans les procédures en partage, adjuger à l'un des cohéritiers ou copropriétaires l'usufruit, et à l'autre la nue propriété du même fonds. L. 6. § 1, *de usuf. et quemad*, D. 7, 1.

(3) Nous verrons, au titre IX ci-après, que les constitutions impériales donnent au père de famille l'usufruit du pécule *adventice* de son fils.

auraient le droit de jouir concurremment et en commun (L. 19, D. *de usu et usuf.*, 33, 2).

D. Sur quelles choses peut s'établir l'usufruit ?

R. L'usufruit, à la différence des servitudes proprement dites, peut s'établir, non-seulement sur les fonds de terre ou les bâtiments, mais aussi sur les bestiaux, les esclaves et autres choses mobilières. On n'excepte que les choses dont on ne peut se servir sans les consommer (*quæ ipso usu consumuntur*), comme le vin, le blé et l'argent comptant, qui se perd pour quiconque en fait emploi (1).

D. C'est donc vainement qu'on aurait établi un usufruit sur des choses dont l'usage (*usus*) entraîne la consommation (*abusus*) ?

R. Il en était effectivement ainsi dans l'ancien droit. Mais un sénatus-consulte, qu'on croit avoir été rendu sous le règne d'Auguste, a décidé que la constitution de l'usufruit sur des choses qui se consomment par l'usage même, aurait pour effet d'obliger à transférer à l'usufruitier la propriété même de ces choses (*ut ejus fiat*), à la charge par celui-ci de garantir la restitution, à l'époque où aurait fini le véritable usufruit (2), d'une pareille quantité de choses semblables, ou le montant de l'estimation qui en aurait été faite. — En le décidant ainsi, le sénat n'a point déclaré les choses *quæ ipso usu consumuntur* susceptibles d'un véritable usufruit, cela

(1) Les choses *quæ ipso usu consumuntur*, *quæ in abusu consistunt*, sont nommées par les commentateurs choses *fongibles*. Nous verrons (au liv. III, tit. IV) d'où vient cette dénomination qu'il ne faut pas toutefois restreindre aux choses qui, par leur nature, ne peuvent servir sans qu'on les consomme, mais qu'il faut appliquer à toutes celles qui, dans l'intention des parties, sont destinées à être remplacées les unes par d'autres semblables. Notre texte range les vêtements (*vestimenta*) dans la classe des choses sur lesquelles s'établit le quasi-usufruit. Deux lois du Digeste (L. 9, § 3, liv. VII, tit. IX ; L. 15, § 4, liv. VII, tit. I), considèrent les vêtements comme susceptibles d'un véritable usufruit. C'est qu'en effet les vêtements peuvent, suivant l'intention du constituant, être destinés, tantôt à être livrés en toute propriété, à la charge d'en rendre de semblables, tantôt à être donnés seulement en usage pour être restitués identiquement à la fin de l'usufruit.

(2) C'est à-dire à la mort du quasi-usufruitier ou à sa diminution de tête ; car ces deux cas d'extinction sont les seuls que l'on puisse appliquer à l usufruit des choses dont l'usage absorbe nécessairement la substance et la propriété.

était impossible (*nec enim poterat*) ; mais il a remplacé l'usufruit par un équivalent qu'on appelle *quasi-usufruit*.

D. Comment le quasi-usufruitier doit-il, d'après le sénatus-consulte, garantir la restitution ?

R. Il doit la garantir, non-seulement par son propre engagement (1), mais encore par celui d'un fidéjusseur qui s'engage avec lui (*satisdatio*).

D. Le véritable usufruitier n'est-il pas tenu de donner certaines garanties ?

R. Oui, le droit prétorien obligeait l'usufruitier à donner caution par fidéjusseur : 1o de jouir en bon père de famille ; 2o de remettre à la fin de l'usufruit tout ce qui resterait de la chose.

D. Comment finit l'usufruit ?

R. L'usufruit finit : 1o par la mort de l'usufruitier ou par sa diminution de tête ; 2o par le non-usage (*non utendo*) ; 3o par la cession faite au nu propriétaire (2) ; 4o par la consolidation ; 5o par les altérations survenues dans la substance des choses (3).

D. L'usufruit finit-il toujours à la mort de l'usufruitier ?

R. L'usufruit étant un droit spécialement attaché à la personne de tel ou tel individu, doit nécessairement finir avec

(1) Cet engagement se prenait au moyen d'une *stipulation*. — Le quasi-usufruitier ou ses héritiers devaient rendre, ou une chose semblable, ou l'estimation de la chose livrée, suivant que c'était l'une ou l'autre qui avait été promise par la stipulation. Ils n'avaient donc pas le choix que donne en semblable circonstance notre code civil, art. 587, choix injuste qui permet à l'usufruitier ou à ses héritiers de rendre plus ou moins à leur volonté, quand les choses ont augmenté ou diminué de valeur.

(2) *In jure cedendo*, disait Gaius, 2, § 30. Justinien met simplement *cedendo*, parce que, de son temps, bien que la cession *in jure* ne soit pas expressément abrogée, elle n'est plus indispensable et est tombée en désuétude. La cession simplement conventionnelle, à laquelle, dans le droit antérieur, les préteurs auraient donné indirectement effet au moyen d'une exception, suffit dans la procédure nouvelle, où il n'y a plus d'exceptions proprement dites, parce que le système des formules du jugement par juré est aboli, pour éteindre directement l'usufruit.

(3) Lorsque l'usufruit avait été constitué pour un certain temps ou à une certaine condition, il s'éteignait aussi par l'expiration du terme ou l'événement de la condition.

cette personne. Il ne s'est élevé de difficulté sur l'application de ce principe que pour le cas où l'usufruit est constitué sur la tête d'un fils de famille ou d'un esclave. Justinien, pour trancher une ancienne controverse, a décidé qu'après la mort du fils de famille ou de l'esclave usufruitier, l'usufruit continuerait pour le père ou le maître jusqu'au décès de celui-ci (L. 17, C. *de usuf. et hab.* 3, 33).

D. L'usufruit finit-il par toute diminution de tête ?

R. Dans l'ancien droit, l'usufruit finissait par toute diminution de tête (1) ; mais Justinien n'a conservé cet effet qu'à la grande et à la moyenne diminution de tête.

D. Comment l'usufruit finit-il par le non-usage ?

R. L'usufruit s'éteint par le non-usage, lorsqu'on reste pendant un certain temps sans l'exercer. Ce temps était le même que celui nécessaire pour acquérir la propriété par usucapion ; il était autrefois d'un an pour les meubles, de deux ans pour les immeubles : Justinien l'a porté à trois ans pour les meubles et à dix ou vingt ans pour les immeubles, suivant que le délai doit courir contre un individu présent ou contre un absent (voy. ci-après, tit. VI).

D. L'usufruitier peut-il céder son droit à un autre qu'au propriétaire ?

R. Non ; la cession faite à un tiers *(extraneo)* est entièrement nulle ; en conséquence, l'usufruitier conserve son droit, nonobstant cette cession.—Gaius, en exprimant formellement cette conséquence (2, § 30), a fait cesser les doutes que quelques commentateurs avaient élevés sur ce point.

D. Qu'entendez-vous quand vous dites que l'usufruitier ne peut pas céder son droit à un tiers ?

R. J'entends qu'il ne peut pas transporter sur la tête d'un tiers les droits et la qualité d'usufruitier, de sorte que ce ne serait plus la mort du cédant, mais celle du cessionnaire, qui éteindrait l'usufruit ; car on changerait ainsi à volonté les chances qui doivent réunir la jouissance à la propriété. Mais, du reste, l'usufruitier peut jouir par lui-même ou par d'autres ; il peut conséquemment vendre ou louer tous les

(1) Ainsi, lorsqu'un individu *sui juris* se donnait en adrogation, tous ses biens passant avec lui sous la puissance de l'adrogeant, les droits d'usufruit, considérés comme exclusivement attachés à sa personne, semblaient ne pouvoir être transmis, et s'éteignaient.

avantages de son droit ; et si l'on considère l'usufruit uniquement par rapport aux fruits qu'il donne droit de percevoir, on peut dire qu'il est cessible (1).

D. Qu'entendez-vous quand vous dites que l'usufruit s'éteint par les altérations survenues dans la substance des choses ?

R. Je veux dire que l'usufruit s'éteint non seulement lorsque la chose périt entièrement, mais encore lorsqu'elle perd sa forme caratéristique et sa destination particulière. Ainsi l'usufruit d'une maison s'éteint lorsqu'elle est renversée : il ne se conserve, ni sur le sol, ni sur les matériaux. Pareillement, l'usufruit établi sur un cheval s'éteindra complètement par la mort de l'animal, sans continuer sur la peau.

D. La reconstruction de la maison ferait-elle revivre l'usufruit ?

R. Non. L'usufruit différait en cela des servitudes prédiales, qui étaient rétablies avec le rétablissement des lieux dans le premier état (L. 20, § 2, ff. *de serv. præd. urb.* 8, 2).

D. Qu'est-ce que la consolidation ?

R. C'est l'acquisition faite, par l'usufruitier, de la nue propriété. Elle opère l'extinction de l'usufruit, *quia res sua nemini servit.*

D. Lorsque l'usufruit a été constitué en faveur de plusieurs cousufruitiers, le décès des prémourants diminue-t-il les charges de la servitude ?

R. Non, les survivants profitent de la totalité de la jouissance, et ce n'est que lorsque l'usufruit est totalement éteint (*totus*, § 4), qu'il se réunit à la propriété. Mais il faut, pour cela, que l'usufruit ait été attribué concuremment à plusieurs personnes, et non pas par portions distinctes.

(1) La cession qu'il était interdit à l'usufruitier de faire à un tiers, c'était l'ancienne cession *in jure*. Cela tenait à la forme de cette procédure, qui n'était autre chose, comme nous l'avons vu (liv. II, tit. I) qu'un procès fictif, dans lequel l'acquéreur avait bien moins l'air d'acquérir le droit d'autrui, que de recouvrer un droit qui lui était propre. Il serait résulté d'une semblable manière de procéder, si elle eût été applicable à la cession que l'usufruitier aurait voulu faire de son droit à un tiers, que l'acquéreur eût été réputé jouir en vertu d'un droit à lui personnel, et que l'usufruit aurait reposé sur la tête du cessionnaire, au lieu de rester sur la tête du cédant, comme cela a lieu en cas de vente.

TITRE V.—*De l'usage et de l'habitation.*

D. Qu'est-ce que l'usage ?

R. L'usage nu *(nudus usus)* est le droit d'user de la chose d'autrui sans en jouir *(sine fructu)*.

D. L'usage ne donne-t-il aucun droit aux fruits ?

R. L'usage ne donne par lui-même aucun droit aux fruits (1), c'est en cela qu'il diffère essentiellement de l'usufruit. La nature de son droit n'autoriserait donc pas l'usager à profiter en rien du croît, de la laine ou du lait des animaux dont on lui aurait légué l'usage *(quia ea in fructu sunt*, § 4) ; il pourrait seulement employer ces animaux à fumer son champ *(ad stercorandum agrum)*. C'est ce que déclare positivement le texte des *Institutes* (§ 4).—Néanmoins, comme le droit de l'usager se réduirait souvent à presque rien, on a été disposé à admettre quelques extensions de ce droit, en interprétant favorablement les intentions de celui qui avait établi l'usage. Ainsi, on accorde à l'usager du troupeau de brebis un peu de lait, parce qu'on présume que le testateur n'a pas voulu léguer l'usage strict, mais quelque chose de plus (2).

D. Quel est le droit de l'usager sur un fonds de terre ?

R. D'après la nature de son droit, il ne devrait pouvoir que se promener sur ce fonds, sans empêcher la culture du terrain et la perception des récoltes ; il ne pourrait réclamer aucun fruit si, par une interprétation favorable des intentions de celui qui a concédé l'usage, on ne lui accordait la faculté de prendre le bois, le foin, les fruits dont il a besoin jour par jour. Il importe, toutefois, de remarquer que ce n'est point là une conséquence de son droit d'usage, mais plutôt une extension de ce droit, résultant de la volonté qu'on suppose favorablement à un testateur, et qui serait difficilement supposée à celui qui concéderait l'usage entre-vifs, parce que

(1) M. Ducaurroy l'a très bien prouvé (voy. nos 447 et suiv., et *Thémis*, t. I, p. 258), et sa doctrine est aujourd'hui unanimement reçue.

(2) *Etiam modico lacte usurum puto*, dit Ulpien, *neque enim tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum* (L. 12, § 2, D. *De usu et habitatione* 7, 8).

les conventions prêtent moins à l'interprétation qu'un testament.

D. L'usager peut-il céder l'exercice de son droit ?

R. Non. Ainsi, il ne peut pas louer la maison dont il a l'usage (1) : il ne peut que l'habiter lui-même avec sa famille (2). Pareillement, il ne peut louer ou prêter l'esclave ou la bête de somme, qu'il a seulement droit d'employer aux ouvrages qui le concernent personnellement.

D. Comment se constitue et s'éteint l'usage ? sur quels objets s'établit-il ?

R. L'usage se constitue et s'éteint comme l'usufruit ; il s'établit sur les mêmes objets. —Toutefois, l'usage ne s'établit ni par adjudication, ni directement par la loi. En effet, les textes n'étendent point à l'usage le pouvoir qu'a le juge, dans les actions en partage, de donner à l'un l'usufruit et à l'autre le fonds, et nous ne connaissons aucun cas où la loi attribue directement à quelqu'un l'usage de la chose d'autrui.

D. Qu'est-ce que l'habitation ?

R. Le caractère de cette servitude personnelle n'est pas bien connu. Plusieurs jurisconsultes paraissent la confondre avec l'usage d'une maison : Justinien déclare que c'est un droit distinct de l'usage et de l'usufruit. L'habitation paraît différer de l'usage en ce qu'on ne la considérait pas comme un droit unique, mais comme un droit qui se renouvelait chaque jour, et dont le legs, par exemple, aurait contenu un legs particulier pour chaque jour ; aussi ne s'éteignait-elle pas par le non-usage (L. 10, ff. *de usu et habit.*, 7, 8). Justinien y a ajouté une autre différence, en permettant de louer le droit d'habitation.

(1) Du moins à la rigueur, car on lui permet quelquefois de louer un appartement dans la maison dont il habite seulement une partie, parce qu'on ne lui envie pas un gain qui ne nuit à personne (L. 4 et 8, ff. *de usu et habit.*, 7, 8) ; car l'usager a droit à l'usage entier de la chose, et non pas seulement dans la mesure de ses besoins. Aussi doit-on regarder comme doublement inexacte la définition suivant laquelle l'usage serait un usufruit restreint aux besoins de la personne, parce que, d'une part, l'usage donne droit à tous les services dont la chose est susceptible, et que, de l'autre, il ne donne par lui-même aucun droit aux fruits.

(2) C'est à peine, dit le texte, § 2, si on lui a permis d'y recevoir un hôte.

TITRE VI.—*Des usucapions et des prescriptions de long temps.*

D. Qu'est-ce que l'usucapion ?

R. C'est une manière d'acquérir la propriété, d'après le droit civil, par une possession continuée pendant un certain temps *(usu capere)*.

D. Quels étaient, avant Justinien, le but et l'effet de l'usucapion ?

R. L'usucapion avait, à cette époque, deux objets : le premier, de faire acquérir le domaine *quiritaire* à celui qui, ayant reçu une chose *mancipi* par simple tradition, avait seulement cette chose *in bonis* (voy. ci-dessus, L. II, tit. I) ; le second, de faire acquérir la propriété des choses dont la tradition avait été faite par tout autre que le véritable propriétaire, et sans son consentement. Au bout d'un an pour les meubles, et de deux ans pour les immeubles, le possesseur de bonne foi devenait propriétaire d'après le droit civil.

D. L'usucapion était-elle alors applicable à tous les biens ?

R. Elle s'appliquait partout aux meubles ; mais elle n'était point applicable aux immeubles situés hors de l'Italie, le domaine éminent des fonds provinciaux étant réputé appartenir au peuple romain ou à l'Empereur (voy. *Introd.*, p. 48), les particuliers ne pouvaient pas avoir sur ces fonds de véritables droits de propriété. Mais le droit prétorien venait au secours de ceux qui possédaient de bonne foi des immeubles dans les provinces ; et lorsqu'ils avaient possédé pendant dix ans, si le véritable propriétaire habitait la même province que le possesseur, pendant vingt ans, s'il en habitait une autre, le magistrat leur accordait une prescription de long temps *(præscriptio)*, c'est-à-dire une exception pour repousser soit la revendication du propriétaire, soit l'action de quiconque aurait prétendu exercer sur l'immeuble un droit de servitude, d'hypothèque ou tout autre droit réel (1).—Sous ce dernier

(1) Ainsi, la *prescription* ne faisait pas, comme l'usucapion, acquérir le domaine, le domaine civil, s'entend ; elle maintenait seulement la chose *in bonis* du possesseur, en paralysant la revendication du propriétaire, lorsque la possession réunissait, d'ailleurs, les conditions de durée et autres requises. Au reste, outre la prescription contre

rapport, la prescription *longi temporis* était plus avantageuse que l'usucapion, qui transférait bien la propriété, mais qui la transférait telle qu'elle existait dans la main du véritable propriétaire, c'est-à-dire avec toutes ses charges, et, sous ce rapport aussi, la prescription pouvait servir même pour les immeubles d'Italie.

D. Quels changements Justinien a-t-il apportés à cet état de choses ?

R. Justinien ayant supprimé toute distinction entre les immeubles d'Italie et ceux des provinces, entre le domaine quiritaire et l'*in bonis*, l'usucapion ne pouvait plus avoir qu'un des deux objets que nous avons indiqués, celui de faire acquérir la propriété des choses livrées *a non domino*. En l'envisageant sous ce rapport, ce prince lui a fait subir d'importantes modifications. Il a fondu ensemble les règles et les effets de l'ancienne usucapion et de la prescription de long

l'action du propriétaire ou des créanciers hypothécaires, le possesseur de long temps avait, au cas où il venait à être dépossédé, une action *utile* en revendication ; il avait même contre les tiers l'action *publicienne*, avant que le temps prescrit pour obtenir la prescriptiou contre le propriétaire fût révolu. Il n'est pas sans intérêt de signaler l'étymologie et le sens primitif du mot *prescription*. Dans l'origine, ce mot n'était pas synonyme d'*exception*. On appelait *præscriptio* (de *præ scribere*) une mention mise au commencement de la formule adressée au juge par le préteur, mention qui avait pour but de restreindre le procès en dispensant le juge d'examiner le fond de l'affaire, dans le cas où le fait énoncé dans la *præscriptio* serait vérifié. Quand le propriétaire revendiquait la chose contre celui qui avait possédé pendant dix ou vingt ans, la formule de l'action devait commencer à peu près ainsi : *Ea res agatur, cujus non est longi temporis possessio ;* il résultait de là que, s'il était vérifié par le juge qu'il y avait eu possession de long temps par le défendeur, on n'allait pas plus loin, car le juge n'avait ordre d'examiner la prétention du demandeur qu'au cas où cette possession n'eût pas existé. Ainsi, il y avait entre la *prescription* et l'*exception* cette différence, que la prescription, si le cas sur lequel elle était fondée était vrai, dispensait même de s'occuper de l'affaire, tandis que l'exception exigeait qu'on l'examinât, puisqu'il fallait voir, par exemple, s'il y avait dol, violence, pacte de remise, etc. (voy. livre II, tit. 1) ; l'une était mise au commencement, l'autre dans le corps de la formule. Plus tard, les prescriptions furent converties en des espèces d'exceptions ; du temps de Gaius, celles qui intervenaient en faveur du défendeur n'étaient plus insérées dans la formule que sous cette forme (4 § 30 et suiv.). Dès lors les mots prescriptions et exceptions se confondirent et devinrent synonymes, comme on peut le voir dans le titre du Digeste : *De præscriptionibus seu exceptionibus*, liv. XLIV, titre 1.

temps, de manière à créer une manière unique d'acquérir par l'usage, qui s'appelle indifféremment usucapion ou prescription de long temps, et qui s'accomplit par dix ou vingt ans de possession pour les immeubles et par trois ans pour les meubles (1).

D. L'usucapion s'applique-t-elle aux choses incorporelles ?

R. L'usucapion s'applique principalement aux choses corporelles, qui sont seules susceptibles d'une vraie possession. Cependant on se libère, par usucapion, des servitudes soit réelles, soit personnelles (2), de même que des droits d'hypothèques, en possédant un immeuble comme libre pendant le temps voulu ; on acquiert même, par prescription, certaines servitudes réelles, comme les droits d'aqueduc et les servitudes urbaines dont l'exercice, indépendant du fait actuel de l'homme, constitue une sorte de possession *continue* (voy. liv. II, tit. III) ; mais on n'acquiert point ainsi l'usufruit et les autres servitudes personnelles (3).

(1) L'usucapion ou prescription nouvelle a emprunté à l'ancienne *prescription* le laps de dix ou vingt ans, et l'effet d'éteindre les droits des créanciers hypothécaires en même temps que ceux du précédent propriétaire. Elle a emprunté à l'ancienne *usucapion* l'effet de faire acquérir la propriété civile, la seule du reste qui existe ; puisque Justinien a aboli l'ancienne distinction du domaine *quiritaire* et *bonitaire*.—Justinien se sert indifféremment des termes de *prescription* et d'*usucapion* ; il le peut d'autant mieux, que la procédure par les formules n'existant plus de son temps, il n'y a plus de différence entre les cas où la demande était repoussée (en vertu des règles du droit civil) *ipso jure*, et ceux où elle était rejetée par suite d'une addition faite à la formule par le préteur. Voy. liv. IV tit. XIII.

(2) L'habitation exceptée. V. liv. II, tit. V.

(3) Quoique plusieurs commentateurs aient prétendu voir le contraire dans les derniers mots de la loi 12 C. *de præscrip. long. temp.* 7, 33. En rapprochant cette constitution d'une autre (L. 13, C. *de servit. et aqu.* 3, 34), on reconnaît que la prescription dont parle Justinien, dans ces constitutions, s'applique, non à l'acquisition, mais à l'extinction des servitudes par le non-usage (*Themis*, t. IV, p. 375. et t. VI, p. 333). Voy. ci-dev. liv. II, tit. III.—Avant la loi *Scribonia*, on pouvait acquérir par usucapion les servitudes, et du temps de Gaius on acquérait ainsi une hérédité (t. II, § 54).—L'usucapion, étant considérée uniquement comme un moyen d'acquérir, ne servait pas à se libérer d'une obligation ; les préteurs n'avaient point non plus étendu à l'extinction des obligations le moyen de la prescription de long temps. Nous verrons, liv. IV, tit. XII, quels étaient les principes du droit romain sur la durée des actions, et comment les empereurs de Constantinople apportèrent des changements importants à l'ancien

rapport, la prescription *longi temporis* était plus avantageuse que l'usucapion, qui transférait bien la propriété, mais qui la transférait telle qu'elle existait dans la main du véritable propriétaire, c'est-à-dire avec toutes ses charges, et, sous ce rapport aussi, la prescription pouvait servir même pour les immeubles d'Italie.

D. Quels changements Justinien a-t-il apportés à cet état de choses ?

R. Justinien ayant supprimé toute distinction entre les immeubles d'Italie et ceux des provinces, entre le domaine quiritaire et l'*in bonis*, l'usucapion ne pouvait plus avoir qu'un des deux objets que nous avons indiqués, celui de faire acquérir la propriété des choses livrées *a non domino*. En l'envisageant sous ce rapport, ce prince lui a fait subir d'importantes modifications. Il a fondu ensemble les règles et les effets de l'ancienne usucapion et de la prescription de long

l'action du propriétaire ou des créanciers hypothécaires, le possesseur de long temps avait, au cas où il venait à être dépossédé, une action *utile* en revendication ; il avait même contre les tiers l'action *publicienne*, avant que le temps prescrit pour obtenir la prescription contre le propriétaire fût révolu. Il n'est pas sans intérêt de signaler l'étymologie et le sens primitif du mot *prescription*. Dans l'origine, ce mot n'était pas synonyme d'*exception*. On appelait *præscriptio* (de *præ scribere*) une mention mise au commencement de la formule adressée au juge par le préteur, mention qui avait pour but de restreindre le procès en dispensant le juge d'examiner le fond de l'affaire, dans le cas où le fait énoncé dans la *præscriptio* serait vérifié. Quand le propriétaire revendiquait la chose contre celui qui avait possédé pendant dix ou vingt ans, la formule de l'action devait commencer à peu près ainsi : *Ea res agatur, cujus non est longi temporis possessio ;* il résultait de là que, s'il était vérifié par le juge qu'il y avait eu possession de long temps par le défendeur, on n'allait pas plus loin, car le juge n'avait ordre d'examiner la prétention du demandeur qu'au cas où cette possession n'eût pas existé. Ainsi, il y avait entre la *prescription* et l'*exception* cette différence, que la prescription, si le cas sur lequel elle était fondée était vrai, dispensait même de s'occuper de l'affaire, tandis que l'exception exigeait qu'on l'examinât, puisqu'il fallait voir, par exemple, s'il y avait dol, violence, pacte de remise, etc. (voy. livre II, tit. 1) : l'une était mise au commencement, l'autre dans le corps de la formule. Plus tard, les prescriptions furent converties en des espèces d'exceptions ; du temps de Gaius, celles qui intervenaient en faveur du défendeur n'étaient plus insérées dans la formule que sous cette forme (4 § 30 et suiv.). Dès lors les mots prescriptions et exceptions se confondirent et devinrent synonymes, comme on peut le voir dans le titre du Digeste : *De præscriptionibus seu exceptionibus*, liv. XLIV, titre 1.

temps, de manière à créer une manière unique d'acquérir par l'usage, qui s'appelle indifféremment usucapion ou prescription de long temps, et qui s'accomplit par dix ou vingt ans de possession pour les immeubles et par trois ans pour les meubles (1).

D. L'usucapion s'applique-t-elle aux choses incorporelles ?

R. L'usucapion s'applique principalement aux choses corporelles, qui sont seules susceptibles d'une vraie possession. Cependant on se libère, par usucapion, des servitudes soit réelles, soit personnelles (2), de même que des droits d'hypothèques, en possédant un immeuble comme libre pendant le temps voulu ; on acquiert même, par prescription, certaines servitudes réelles, comme les droits d'aqueduc et les servitudes urbaines dont l'exercice, indépendant du fait actuel de l'homme, constitue une sorte de possession *continue* (voy. liv. II, tit. III) ; mais on n'acquiert point ainsi l'usufruit et les autres servitudes personnelles (3).

(1) L'usucapion ou prescription nouvelle a emprunté à l'ancienne *prescription* le laps de dix ou vingt ans, et l'effet d'éteindre les droits des créanciers hypothécaires en même temps que ceux du précédent propriétaire. Elle a emprunté à l'ancienne *usucapion* l'effet de faire acquérir la propriété civile, la seule du reste qui existe ; puisque Justinien a aboli l'ancienne distinction du domaine *quiritaire* et *bonitaire*.—Justinien se sert indifféremment des termes de *prescription* et d'*usucapion* ; il le peut d'autant mieux, que la procédure par les formules n'existant plus de son temps, il n'y a plus de différence entre les cas où la demande était repoussée (en vertu des règles du droit civil) *ipso jure*, et ceux où elle était rejetée par suite d'une addition faite à la formule par le préteur. Voy. liv. IV tit. XIII.

(2) L'habitation exceptée. V. liv. II, tit. V.

(3) Quoique plusieurs commentateurs aient prétendu voir le contraire dans les derniers mots de la loi 12 C. *de præscrip. long. temp.* 7, 33. En rapprochant cette constitution d'une autre (L. 13, C. *de servit. et aqu.* 3, 34), on reconnaît que la prescription dont parle Justinien, dans ces constitutions, s'applique, non à l'acquisition, mais à l'extinction des servitudes par le non-usage (*Themis*, t. IV, p. 375, et t. VI, p. 333). Voy. ci-dev. liv. II, tit. III.—Avant la loi *Scribonia*, on pouvait acquérir par usucapion les servitudes, et du temps de Gaius on acquérait ainsi une hérédité (t. II, § 54).—L'usucapion, étant considérée uniquement comme un moyen d'acquérir, ne servait pas à se libérer d'une obligation ; les préteurs n'avaient point non plus étendu à l'extinction des obligations le moyen de la prescription de long temps. Nous verrons, liv. IV, tit. XII, quels étaient les principes du droit romain sur la durée des actions, et comment les empereurs de Constantinople apportèrent des changements importants à l'ancien

D. Quelles sont les conditions nécessaires pour usucaper ?

R. Pour usucaper, il faut : 1o avoir la possession proprement dite, la possession *animo domini* (1) ; — 2o que cette possession ait été prise ou reçue de bonne foi et à juste titre, ou du moins avec la croyance plausible qu'on devenait propriétaire de la chose possédée ; 3o que cette possession ait été continuée pendant le temps voulu ; — 4o qu'elle ait été appliquée à une chose susceptible d'être usucapée ou, en d'autres termes, à une chose non viciée (2).

L. Qu'entendez-vous par posséder à *juste titre ?*

R. On appelle juste cause *(justa causa)* ou juste titre *(justus titulus)* un contrat ou un fait qui motive aux yeux de la loi la prise de possession, de la possession *animo domini.* Ainsi, la vente, la donation, la constitution de dot, le payement d'une chose due, l'occupation d'une chose abandonnée ou qui n'a jamais eu de maître, le legs, sont autant de justes causes, de motifs légaux d'acquérir la possession ; celui qui possède à la suite d'un de ces contrats ou de ces faits, ou, pour employer les expressions des textes, qui possède *pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro hœrede, pro noxe dedito, pro suo* (L. 3, § 21, D. *de acq. vel amittenda poss.*, 41, 2), celui-là possède à juste titre.

D. Faut-il, indispensablement, pour qu'il y ait lieu à l'usucapion, que la possession soit fondée sur un juste titre, c'est-à-dire qu'il existe véritablement un des contrats ou des faits qui servent de cause légale à la possession ? L'erreur du possesseur sur l'existence du titre ou de la cause suffirait-elle, en certains cas, pour qu'il pût usucaper ?

R. En général, il faut que le titre ou la cause qui a motivé la tradition ou la prise de possession existe réellement. Le texte des *Institutes* (§ 11) déclare expressément que l'usucapion n'a pas lieu lorsque le possesseur s'est trompé sur l'existence de la cause en vertu de laquelle il possède, comme

droit, en appliquant l'action de trente et quarante ans à la durée des actions tant réelles que personnelles.

(1) Ainsi, celui qui aurait eu la *nuda detentio*, qui aurait possédé pour autrui, comme le locataire, le dépositaire, n'aurait pu usucaper. Voy. livre II, tit. I.

(2) On appelle vice, en matière d'usucapion, l'obstacle qui rend une chose non susceptible d'être usucapée.

lorsqu'il a cru avoir acheté ou reçu en don, tandis qu'il n'y a réellement eu aucune vente, aucune donation. Une constitution de Dioclétien (L. 24, C. *de rei vind.*, 3, 32) porte aussi que la possession ne conduit point à l'usucapion sans un juste titre, *nullo justo titulo precedente*. Toutefois, les textes du Digeste offrent un grand nombre d'exceptions à cette règle. En examinant le principe sur lequel ces exceptions et la règle elle-même sont fondées, M. Ducaurroy (nos 473 et suiv.) et plusieurs autres interprètes (1) sont arrivés à cette doctrine, que la bonne foi et le juste titre ne sont pas deux conditions distinctes, et que, si l'on examine le titre du possesseur, c'est uniquement pour savoir si sa bonne foi et son erreur sont fondées sur des raisons plausibles. En effet, si, par exemple, celui qui croit avoir acheté ou reçu en don une chose qu'en réalité on lui a remise en dépôt, n'usucape pas, c'est que son erreur, portant sur un fait qui lui est personnel, est, pour ainsi dire, inexcusable. Mais il en serait autrement, et l'usucapion pourrait avoir lieu, si je possédais de bonne foi, par suite d'une vente ou d'une donation que je croirais avoir été faite à mon esclave, à mon procureur, ou au défunt dont j'ai recueilli l'hérédité, parce que, dans ce cas, mon erreur portant sur un fait auquel je n'ai pas personnellement participé, serait admissible et excusable (L. 11, D. *pro empt.*, 41, 4 ; l. 5, § 1, D. *pro suo*, 41, 10). De même, si j'ignorais la révocation du legs en vertu duquel j'ai pris possession d'une chose, je pourrais usucaper, quoiqu'il n'y ait pas de titre, le legs révoqué n'existant plus (L. 4, D. *pro legato*, 41, 8) — Ainsi, en définitive, la seule condition véritablement requise, c'est que la bonne foi et l'erreur du possesseur soient excusables, qu'elles reposent sur des raisons plausibles.

D. L'erreur du droit peut-elle servir à l'usucapion ?

R. Non, par la raison qu'elle n'est pas excusable, personne

(1) Notamment M. Blondeau, *Chrestomathie*, p. 315.—Cette doctrine a cependant trouvé de sérieux contradicteurs. Plusieurs auteurs, notamment MM. Demangeat, tome I, page 557, et Accarias, pages 507 et suiv., soutiennent que la *bona fides* est un élément parfaitement distinct de la *justa causa* Cette distinction n'a d'autre utilité que de savoir à qui incombe la preuve de l'existence de ces deux éléments de l'usucapion, en cas de litige. C'est à celui qui prétend avoir usucapé de produire son juste titre, d'établir qu'il possède *justa causa*. Quant à la bonne foi, elle se présume toujours chez lui, et c'est à son adversaire de prouver qu'elle n'a pas existé.

ne devant être censé ignorer la loi *(juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse : facti vero ignorantiam prodesse constat.* L. 4, D. *De juris et facti ign.* 22, 6). — Ainsi, celui qui aurait reçu une chose d'un pupille dont il connaissait l'âge, mais qu'il aurait supposé capable d'aliéner sans autorisation ou avec une autorisation irrégulière, ne pourrait usucaper *(quia juris error nulli prodest.* L. 2, § 15, D. *pro empt.* 41, 4). Mais il en serait autrement de celui qui se serait trompé sur l'âge du pupille qu'il aurait cru pubère (*ibid.*).

D. La possession doit-elle être continue ? Comment est-elle interrompue ?

R. La possession doit être continue pendant tout le temps requis. Elle peut être interrompue naturellement ou civilement : naturellement, lorsqu'on cesse effectivement de posséder la chose par elle-même ou par autrui ; civilement, lorsqu'on intente contre le possesseur l'action en revendication (1).

D. Comment nomme-t-on l'interruption de l'usucapion ?

R. On la nomme *usurpation*, du mot *usurpare* qui, en jurisprudence, signifie retenir ou conserver par l'usage ; comme *usucapere* signifie acquérir par l'usage.

D. Est-il nécessaire que le possesseur ait toujours été de bonne foi ?

R. Non ; il suffit qu'il l'ait été à son entrée en possession.

D. Est-il nécessaire qu'une seule et même personne possède pendant tout le temps requis ?

(1) Avant Justinien, la prescription était seule interrompue, non pas précisément par la citation en justice, mais par ce qu'on appelait la *litis contestatio.* Il fallait, en effet, que le long temps de la prescription fût accompli au moment où on la proposait, pour qu'elle pût empêcher la condamnation du défendeur. L'usucapion, au contraire, n'était pas interrompue par l'action du propriétaire, en ce sens que, bien qu'elle ne s'achevât que pendant le procès, le domaine n'en était pas moins acquis par le possesseur. Mais le juge, autorisé à condamner le défendeur à payer la valeur de la chose, s'il était vérifié qu'au moment où l'action avait été délivrée par le préteur, la chose appartenait au demandeur, n'était point empêché de prononcer la condamnation, parce que la chose avait été usucapée depuis la délivrance de l'action ; il condamnait donc le défendeur, à moins que celui-ci ne fît la restitution de la chose, conformément à l'ordre que le juge lui intimait préalablement.

par violence, pour qu'il puisse l'usucaper, encore bien que le vendeur ou le donateur ait été de mauvaise foi (1).

D. Le vice qui empêche les choses volées ou envahies par violence d'être usucapées ne peut-il pas être purgé ?

R. Oui ; cela arrive lorsque le véritable maître a repris possession de la chose comme sienne et comme lui ayant été volée ou prise de force ; si cette chose vient ensuite à être livrée sans vol ni violence à un possesseur de bonne foi, elle pourra être usucapée.—Il en serait autrement si le maître l'avait achetée dans l'ignorance qu'elle lui eût été volée.

D. Les biens vacants, c'est-à-dire ceux des personnes décédées sans successeurs, quoique dévolus au fisc, ne sont-ils pas quelquefois susceptibles d'être usucapés ?

R. Ils sont susceptibles d'être usucapés jusqu'au moment où ils sont dénoncés à l'administration par les agents employés à découvrir le droit du fisc. Tel était l'avis de Papinien, qui a été, dit le texte, confirmé par plusieurs rescrits d'Antonin le Pieux et de Sévère et Antonin (§ 9).

D. N'existe-t-il pas d'autres prescriptions que la prescription de dix et vingt ans ?

R. Oui ; indépendamment de la prescription de dix et vingt ans (*longi temporis præscriptio*), les constitutions impériales ont admis une prescription de trente ou quarante ans (*longissimi temporis præscriptio*), qui supplée par une plus longue durée de la possession à l'absence de quelques-unes des conditions exigées pour la première. Après trente ans de possession, quand il s'agit d'une chose vicieuse, notamment d'une chose sortie des mains du propriétaire par suite de vol ou de violence, ou quand la possession n'est pas fondée sur un juste titre, ou même quand elle n'a pas été reçue de bonne foi ; après quarante ans, quand il s'agit de biens appartenant à l'Etat, aux églises ou à des pupilles, le possesseur peut opposer la prescription *longissimi temporis* à l'action du propriétaire ou du créancier hypothécaire.—Cette prescription, tout en maintenant le possesseur et en le préservant des actions dirigées contre lui, ne lui transférait pas la pro-

(1) Justinien a exigé, par la novelle 119, chap. VII, que le vendeur ou donateur fût de bonne foi, ou, dans le cas contraire, que le véritable maître eût connu son droit et le fait qui a transporté la possession à un tiers : autrement le possesseur, malgré sa bonne foi, ne prescrirait que par trente ans.

priété (1) ; en sorte que s'il venait à perdre la possession, il ne pouvait pas exercer la revendication contre le nouveau détenteur ; c'était au propriétaire seul qu'il appartenait de revendiquer la chose contre ce dernier. Justinien, cependant, a donné à la prescription de trente et quarante ans l'effet de transférer la propriété, lorsque le possesseur aurait été de bonne foi au commencement de sa possession (L. 8, § 1 et 2 *de præsc. 30 vel 40 ann.* C. 7, 39).

D. N'a-t-on pas aussi introduit un privilège ou une prescription particulière en faveur des acquéreurs du fisc ?

R. Oui ; d'après une constitution de Marc-Aurèle, celui qui avait acheté du fisc la chose d'autrui, même de mauvaise foi, pouvait, après cinq ans de possession, repousser par la prescription la revendication du propriétaire. Zénon décida que tout acquéreur du fisc obtiendrait, à l'instant même de la tradition, la propriété libre de toute hypothèque, sauf le recours du propriétaire ou des créanciers hypothécaires contre le trésor public, mais pendant quatre ans seulement. Justinien étendit le même privilège à ceux qui acquerraient de la maison de l'empereur ou de celle de l'impératrice.

TITRE VII.—*Des donations.*

D. Qu'est-ce qu'une donation ?

R. C'est, dans le sens propre et étymologique du mot, une dation ou translation de propriété, faite par libéralité *(donodatio)* (2).—Le mot donation, dans son acception primitive, exprimait donc, non la promesse ou l'obligation de donner, mais un don réalisé. La promesse conventionnelle de donner n'était même pas obligatoire par elle-même, et à moins qu'elle n'eût été revêtue de la forme de la *stipulation* (3),

(1) C'est peut-être pour cela que Justinien n'en parle pas dans les Institutes, au tit. de l'*usucapion*.

(2) *Dare*, dans le langage du droit, signifie transférer la propriété. Quand la translation de propriété a pour but d'acquitter une dette, il y a *datio solvendi animo ;* quand elle est faite en vue de recevoir un équivalent, de créer une obligation, il y a *datio contrahendi animo ;* enfin, quand elle a lieu sans intention de créer ni d'éteindre une obligation et par esprit de libéralité, *donandi animo*, il y a donation, *donodatio*.

(3) La *stipulation*, forme solennelle de contracter, qui s'appliquait à toute espèce d'engagement, consistait en une interrogation et une

celui qui avait simplement promis de donner ne pouvait être contraint à livrer la chose et à en transférer la propriété au donataire. Mais les empereurs chrétiens, et notamment Justinien, ont déclaré la convention de donner obligatoire indépendamment de la tradition, et cette convention s'est aussi appelée *donation* comme le don réalisé (1).

D. La donation est-elle une manière particulière d'acquérir la propriété ?

R. Non ; car, dans la donation, la propriété est transférée par la tradition, par la mancipation, etc., comme dans toute autre aliénation. La donation n'est donc pas un moyen, mais seulement une cause particulière d'acquisition, c'est-à-dire qu'elle nous fait acquérir, par les moyens ordinaires, une chose qui nous est transmise par pure libéralité.—Il y a néanmoins une espèce de donation qu'on peut considérer comme un moyen particulier d'acquérir la propriété, c'est la donation à cause de mort qui ne doit se réaliser qu'au décès du donateur ; car cette donation, le décès du donateur arrivant, transmet la propriété de la chose donnée au donateur survivant, sans tradition et par le seul effet du droit.—On peut ajouter que, depuis Constantin, on put regarder la donation comme un mode particulier d'acquisition, car ce prince voulut que la tradition ne pût consommer la donation qu'autant qu'elle serait accompagnée de certaines solennités propres à garantir l'authenticité et la publicité des donations. Il fallait que le consentement des parties fût constaté par écrit ; le donateur devait se dessaisir de la

réponse faites en termes sacramentels. Les conventions qui n'étaient pas solennisées par la stipulation restaient, en général, dans la classe des simples pactes, ou pactes nus, c'est-à-dire dépouillés de la force obligatoire jusqu'à ce qu'ils eussent reçu exécution (voy. liv. III, tit. XIII).

(1). Remarquez les progrès du droit, en matière de donation. Le droit primitif ne reconnaît que la donation consommée par la tradition ou par un autre mode de translation de propriété ; cependant si la promesse de donner est revêtue de la forme de la stipulation, il en résulte l'obligation à laquelle toute stipulation donne naissance, et le donataire peut contraindre le donateur à lui livrer la chose promise gratuitement. Enfin, la nécessité de la stipulation est supprimée, et le consentement des parties suffit pour obliger le donateur à livrer la chose promise au donataire ; mais on exigea, comme nous allons le voir, que la donation fût constatée, tantôt par écrit, tantôt en présence de témoins, tantôt par l'insinuation, c'est-à-dire par la transcription dans les actes publics.

chose en présence des voisins et de plusieurs témoins. Enfin, la donation devait être insinuée sous peine de nullité, c'est-à-dire que l'écrit qui la constatait devait être inséré parmi les actes du magistrat compétent.

D. Combien distingue-t-on d'espèces de donations ?

R. On en distingue deux : la donation à cause de mort, et la donation entre-vifs ou sans cause de mort.

D. Qu'est-ce que la donation à cause de mort ?

R. On appelle donation à cause de mort celle qui est subordonnée à la condition du décès, soit du donateur, soit même d'une tierce personne (1).—Le décès auquel la donation à cause de mort peut être subordonnée peut être, tantôt la mort générale à laquelle tout homme est sujet : je vous donne, *si je meurs*, c'est-à dire si je meurs avant vous ; tantôt la mort dans une circonstance déterminée : je vous donne, *si je meurs dans tel combat, dans tel voyage.*

D. Quel est le caractère propre à la donation à cause de mort ?

R. C'est d'être révocable au gré du donateur *(si eum donationis pœnituisset)* : c'est en cela surtout qu'elle diffère de la donation entre-vifs faite même conditionnellement.—Il en résulte que la donation à cause de mort n'étant vraiment parfaite qu'au décès du donateur, le donataire doit, à cette époque, être capable de recevoir, comme le donateur de donner ; et si le donateur survit au donataire, la donation devient nulle (*ant prior decesserit is cui donatum sit*).

D. N'y a-t-il pas plusieurs sortes de donations à cause de mort ?

R. On distingue deux sortes de donations à cause de mort : celle qui est subordonnée au décès comme à une condition suspensive, exemple : *Je vous donne telle chose si je*

(I) Quelques commentateurs soutiennent cependant que la donation subordonnée au décès d'un tiers n'est pas une donation à cause de mort, mais une donation entre-vifs conditionnelle, et qu'elle n'est pas, par conséquent, révocable à la volonté du donateur, ce qui est, comme on va le voir, le caractère de la donation à cause de mort. Conf. L. 18, D. 36, 6, avec L. 3, c. 8, 37. Voy. Muhlenbruch, *doct. Pand.* § 739, note 2. Ordinairement, du reste, c'est la mort du donateur qui forme la condition de la donation à cause de mort ; aussi le texte dit-il que, dans cette donation, le donateur se préfère au donataire, et préfère celui-ci à ses héritiers (§ 1).

meurs dans telle expédition ; et celle qui est faite sous une condition résolutoire : *Je vous donne telle chose, mais à la condition que vous me la rendrez si je reviens de telle expédition.*— Dans le premier cas, le donataire n'a, jusqu'à l'événement du décès du donateur, aucun droit acquis à la chose donnée ; mais, l'événement prévu se réalisant, il devient propriétaire de la chose donnée, sans tradition, par le seul effet du droit (1). —Dans le second cas, la donation produit des effets immédiats, le donataire acquiert la propriété lors toutefois et aussitôt qu'il y a eu tradition ; mais l'événement prévu arrivant, la donation est résolue, le donataire est obligé de restituer la chose donnée (2). Telle est la donation de Télémaque à Pirée dont parle le texte.

D. Les donations à cause de mort étant révocables, et n'étant parfaites qu'au décès du donateur, semblent se rapprocher beaucoup des legs ?

R. En effet, la donation à cause de mort a beaucoup d'analogie avec les legs : elle en diffère toutefois sous des rapports notables qui la rapprochent de la donation entre-vifs. Aussi était-ce un sujet de controverse entre les prudents de savoir si la donation à cause de mort participait plutôt de la nature de la donation que de celle des legs. Constantin semblait l'avoir rapprochée de la donation proprement dite, en l'assujettissant aux formes de la donation entre-vifs, notamment à la formalité de l'insinuation. Justinien décide que la donation à cause de mort sera assimilée presque en entier *(per omnia fere)* au legs, et qu'elle pourra se faire, sans insinuation, avec ou sans écrit, mais en présence de cinq témoins.

D. En quoi la donation à cause de mort ressemble-t-elle au legs ? en quoi en diffère-t-elle ?

(1) La donation à cause de mort faite sous la condition suspensive du décès du donateur, est la véritable donation à cause de mort ; c'est la seule, comme nous l'avons remarqué, qui constitue un mode particulier d'acquérir la propriété.

(2) Dans la rigueur du droit, la tradition ayant transféré la propriété au donataire, le donateur ne peut acquérir la propriété que par une nouvelle tradition à laquelle le donataire peut être contraint par une action personnelle ; mais on avait fini par accorder au donateur une action en revendication utile, comme si par l'effet de sa survie, il fût rentré de plein droit dans la propriété de la chose donnée. L. 29, ff. *De mortis causa don.*, 39, 6.

R. La donation à cause de mort ressemble au legs : 1o en ce qu'elle est révocable comme le legs, et qu'elle ne produit aucun effet si le donataire ne survit pas au donateur ; 2o en ce qu'elle peut être faite par celui qui pourrait faire et à celui qui pourrait recevoir un legs ; 3o en ce que, comme le legs, elle se prend sur l'actif, déduction faite du passif, de sorte qu'elle devient caduque par l'insolvabité du disposant ; 4o en ce que l'héritier peut faire réduire les donations à cause de mort, en vertu de la loi Falcidie (voy. liv. II, tit. XXII), comme il pourrait faire réduire les legs ; 5o en ce qu'elle donne lieu, comme le legs, au droit d'accroissement (voy. liv. II, tit., XX) ; 6o en ce qu'elle transfère la propriété par elle-même à la mort du donateur, sans que la tradition soit nécessaire.

Elle diffère du legs : 1o en ce qu'elle exige l'acceptation du donataire du vivant du donateur ; 2o en ce que n'étant pas, comme le legs, subordonnée à l'existence d'un testament et à l'acceptation de l'héritier institué (1), elle se réalise par le seul effet de la mort, sans attendre l'adition d'hérédité, et quel que soit le sort du testament que le donateur aurait laissé ; 3o en ce que la capacité du donataire à cause de mort ne doit pas s'apprécier, comme dans le cas de legs, à l'époque de la disposition, mais seulement au moment du décès du donateur (L. 22. ff. *de mortis causa don.* 39, 6) ; 4o en ce qu'elle peut transférer une propriété résolutoire au donataire, du vivant du donateur, ce qui n'a jamais lieu en cas de legs.

D. Qu'est-ce que la donation entre-vifs ou sans cause de mort ?

R. La donation entre-vifs, qui est la donation proprement dite, est celle par laquelle le donateur dispose actuellement et irrévocablement de ce qui forme l'objet de la libéralité.—Elle se fait ordinairement *sine ulla mortis cogitatione ;* mais la donation, quoique faite *in extremis*, n'en est pas moins entre-vifs et irrévocable, si le donateur n'a pas eu l'intention de reprendre : si, en d'autres termes, la mort a été plutôt la cause qui a déterminé à donner que la

(1) Par suite du principe que nul ne pouvait être partie testat et partie intestat, l'institution d'un ou de plusieurs héritiers et l'acceptation de l'un d'eux étaient indispensables, en droit romain, à la validité du testament et de toutes ses dispositions, notamment des legs (voy. tit. IX).

condition suspensive ou résolutoire de la disposition ; car ce qui détermine le caractère de la donation entre-vifs, c'est l'irrévocabilité (L. 27. D. *eod.*).

D. Comment se forme la donation entre-vifs ?

R. Depuis Justinien, la donation se forme (verbalement ou par écrit) par le seul consentement des parties, en ce sens que la simple convention de donner suffit pour obliger le donateur à transférer la propriété, comme elle suffirait en cas de vente ; car, du reste, la propriété n'est toujours transférée que par la tradition (1).—Justinien ne supprima pas néanmoins entièrement l'insinuation pour les donations entre-vifs ; mais cette formalité, qui était exigée avant lui pour toute donation excédant 200 solides, ne fut plus requise que pour celle qui excédait 500 solides, et encore le défaut d'insinuation ne vicie pas en entier la donation qui aurait dû être insinuée, mais la rend seulement réductible à la valeur qu'on aurait pu donner sans insinuation. Justinien a même dispensé de toute insinuation certaines donations, par exemple, celles qui auraient été faites pour le rachat des captifs, pour la reconstruction des édifices incendiés, etc. (L. 34 et 36, D. *eod. tit.*).

D. La donation entre-vifs n'est-elle jamais révocable ?

R. Elle est révocable pour cause d'ingratitude, lorsque le donataire se rend coupable de sévices ou d'injures graves contre le donateur, lorsqu'il lui porte un préjudice considérable dans ses biens, ou lorsqu'il n'exécute pas les conditions qui lui ont été imposées. —Dans tous ces cas, le droit de révoquer la donation est réservé exclusivement au donateur, qui ne peut l'exercer que du vivant du donataire ingrat : il ne passe point aux héritiers.

La révocation pour survenance d'enfant n'existe que dans un cas particulier, celui où un patron sans enfant aurait donné à son affranchi la totalité ou une quote-part de ses biens (voy. *Vinnius, Select. quæst.* lib. II, cap. XXXII).

(1) Nous avons vu que, dans le droit ancien, la simple convention de donner ne formait pas un contrat et qu'elle ne produisait aucun effet, si elle n'avait été revêtue des formes de la stipulation, ou volontairement réalisée par la tradition ou par l'un des modes ordinaires de translation de propriété. Les empereurs chrétiens, et notamment Constantin, en reconnaissant pour valable la promesse conventionnelle de donner, l'avaient assujettie à certaines formalités : elle devait être en général constatée par écrit et insinuée.

D. N'y a-t-il pas une donation entre-vifs qui est toujours conditionnelle, même lorsque aucune condition n'est exprimée ?

R. Oui, c'est la donation *anténuptiale* que le mari fait à son épouse avant le mariage : cette donation est toujours subordonnée à la célébration des noces, comme à une condition tacite.

D. Quel est le but de cette donation ?

R. C'est d'attribuer à la femme une portion de biens qui forme pour elle la garantie, et, pour ainsi dire, la compensation de sa dot. De la même manière que le mari doit rendre la dot à la dissolution du mariage, la femme doit rendre à la même époque les biens compris dans la donation anténuptiale ; lorsqu'on accorde au mari quelque gain de survie à retenir sur la dot, on doit accorder à la femme un avantage proportionnel sur la donation (1).

D. Quand devait se faire cette espèce de donation ?

R. Comme les donations sont prohibées entre époux, on devait faire celle-là avant la célébration du mariage, et c'est de là que lui vient le nom de donation *ante nuptias*. Mais Justin, père adoptif de Justinien, permit d'augmenter la donation pendant le mariage, dans les cas où l'on augmenterait la dot. Justinien alla plus loin, et décida qu'à l'exemple de la dot, qui pouvait non seulement être augmentée, mais même être constituée pendant le mariage, la donation nuptiale pourrait se constituer également après la célébration des noces. Aussi ce prince voulut-il que cette donation changeât désormais de nom, et s'appelât donation *propter nuptias*.

(1) Avant Justinien, cette proportion était relative ; c'est-à-dire que si le mari devait retenir le quart sur la dot, on devait stipuler que la femme retiendrait le quart de la donation, quelque différence qui existât d'ailleurs entre la valeur de la dot et celle de la donation. Ce prince exigea (nov 97, chap. 1) que l'égalité fut absolue, c'est-à-dire que les époux durent stipuler, l'un sur la dot, l'autre sur la donation, non pas une portion, mais une valeur égale.—L'usage de la donation nuptiale était inconnu dans l'ancien droit ; il ne s'est introduit que sous les empereurs de Constantinople (*a junioribus principibus*). Cette donation n'est pas la seule qui se fasse en vue et sous la condition tacite du mariage. Ainsi celle qu'un étranger ferait en constituant une dot à la femme, serait soumise à la condition *si nuptiæ sequantur*. Sur les donations entre fiancés appeles *sponsalia*, voy. tit. x, notes.

D. N'y avait-il pas, dans l'ancien droit, une manière particulière d'acquérir qui pouvait être considérée comme le résultat indirect d'une donation ?

R. Vous voulez parler du cas où un esclave, appartenant à plusieurs maîtres, avait été affranchi par l'un d'eux. Comme un homme ne peut être en partie libre et en partie esclave, et pour ne pas faire perdre malgré lui sa propriété à l'autre maître, on décidait que l'esclave appartenait en entier à celui qui ne l'avait pas affranchi (1).

D. Justinien a-t-il abrogé ce droit d'accroissement ?

R. Oui ; trouvant qu'il était odieux de voir l'esclave privé de la liberté, et son affranchissement tourner au détriment du maître le plus humain, pour enrichir le plus dur, l'empereur décida que l'esclave deviendrait libre, sauf l'obligation imposée à l'affranchissant d'indemniser son copropriétaire d'après un tarif fixé par Justinien lui-même (voy. L. I, § 5, C. *de comm. serv. man.*).

TITRE VIII.—*De ceux qui peuvent ou ne peuvent pas aliéner.*

D. A qui appartient le pouvoir d'aliéner ?

R. Le pouvoir d'aliéner appartient, en général, au propriétaire, et à lui seul ; cependant il y a des propriétaires qui sont incapables d'aliéner, et, en sens inverse, il y a des personnes qui ont le droit d'aliéner sans être propriétaires.

D. Quelles sont les personnes qui, quoique propriétaires, ne peuvent aliéner ?

R. Justinien cite parmi ces personnes le mari à l'égard du fonds dotal, et les pupilles.

D. Quels étaient les droits du mari sur le fonds dotal ?

R. Le mari devenait propriétaire des biens constitués en dot ; cependant, d'après la loi Julia, il ne pouvait aliéner, sans le consentement de sa femme, l'immeuble dotal situé en Italie, et il ne pouvait l'hypothéquer même avec ce con-

(1) Du moins, quand l'affranchissement aurait rendu l'affranchi citoyen romain ; car l'affranchissement qui n'aurait pu, dans tous les cas, rendre l'affranchi que Latin junien, était regardé comme nul, et l'esclave continuait d'appartenir aux mêmes maîtres.

sentement (1). Justinien, supprimant toute distinction entre l'Italie et les provinces, entre l'hypothèque et l'aliénation, a voulu que l'une et l'autre fussent interdites, malgré le consentement de la femme, et quelle que fût la situation de l'immeuble.

D. Dans quel but était établie cette prohibition ?

R. Dans le but unique d'assurer à la femme la restitution du fonds dotal ; d'où l'on concluait que l'aliénation n'était nulle qu'à l'égard de la femme, et seulement lorsqu'à la dissolution du mariage celle-ci ou son héritier aurait droit de reprendre l'immeuble même.

D. Quelle est l'étendue de l'incapacité d'aliéner du pupille ?

R. Le pupille ne peut rien aliéner sans l'autorisation de son tuteur.

D. Quelle conséquence faut-il en tirer relativement au prêt de consommation, au *mutuum*, que le pupille a prétendu faire sans l'autorisation de son tuteur (2) ?

R. Il faut en conclure que le *mutuum* et l'action qui en résulte n'existent pas ; car il n'y a *mutuum* qu'autant que la propriété est transférée à l'emprunteur ; or, le pupille ne peut transférer la propriété, puisqu'il ne peut aliéner. Il reste donc propriétaire, et la revendication est la seule action qu'il puisse exercer tant que les espèces qu'il a remises existeront et partout où elles existeront.

(1) L'hypothèque n'est pas une aliénation ; elle autorise seulement le créancier à aliéner la chose engagée, à défaut de payement ; mais c'est précisément parce que l'hypothèque ne dépouillait pas comme l'aliénation, que les femmes pouvaient plus facilement la consentir, et qu'elle fut plus sévèrement prohibée par la loi *Julia* que l'aliénation même.—*Lex arctius prohibet quod facilius fieri putat.*—La prohibition de la loi *Julia* ne s'est jamais appliquée qu'aux immeubles dotaux. Les meubles dotaux sont toujours restés aliénables : les commentateurs sont d'accord sur ce point. Le livre célèbre sous le nom de *Petri exceptiones* (voy. *Introd.*, p. 78), porte au titre *de dote : Dos, si mobilis sit, a marito alienari potest.*—Voy. ce que nous disons sur la loi *Julia*, p. 52.

(2) Le *mutuum*, ou prêt de consommation, est un contrat par lequel l'une des parties donne à son cocontractant une certaine quantité de choses, à la charge par celui-ci de lui en rendre autant de même espèce et qualité.

D. La revendication ne pourrait plus être exercée, si la somme a été employée par celui à qui elle a été remise (*extinctæ res vindicari non possunt*). Quelle action aurait alors le pupille ?

R. Si la somme avait été employée de bonne foi, le pupille aurait la condiction (*condici possunt*), action personnelle qui a pour but de se faire donner une somme égale à celle qui a été livrée (1). Si la somme avait été consommée de mauvaise foi, le pupille aurait l'action *ad exhibendum*, action par suite de laquelle le défendeur, dans l'impossibilité où son dol l'aurait placé de représenter la chose demandée, serait condamné à indemniser le pupille du tort que lui causerait le défaut d'exhibition, en l'empêchant de revendiquer (2).

D. Quelle conséquence résulte de l'incapacité du pupille, à l'égard du payement qu'il aura reçu de son débiteur sans l'autorisation du tuteur ?

R. Il en résulte que l'argent remis au pupille est acquis à celui-ci sans que le débiteur soit libéré. En effet, l'impubère, qui ne peut aliéner, peut tout acquérir sans autorisation : il a donc pu acquérir les espèces qu'on lui livrait dans l'intention de lui en transférer la propriété (voy. liv. I, tit. XXI) ; mais il n'a pu libérer son débiteur, car c'eût été aliéner sa créance. En conséquence, le débiteur, toujours obligé, pourra être poursuivi pour payer une seconde fois. Cependant, si le pupille avait conservé tout ou partie de la somme, ou que, par un utile emploi, elle eût tourné à son profit, le préteur accorderait au débiteur l'exception de dol, qui paralyserait l'action du pupille jusqu'à concurrence des valeurs dont celui-ci aurait profité.

D. Lorsque le débiteur avait payé avec l'autorisation du tuteur, était-il exempt de toute recherche ?

D. Non. Lorsque le payement avait été fait au tuteur ou

(1) La condiction naît ici, non pas du *mutuum*, puisque le *mutuum* n'existe pas, mais de ce fait qu'il y a eu livraison effectuée dans une intention qui n'a pas été réalisée, *causa data, causa non secuta*.— Voy. ce que nous disons sur le *mutuum* ou prêt de consommation et sur la condiction, liv. III, tit. XIV.

(2) L'action *ad exhibendum* avait des conséquences plus onéreuses pour le défendeur que la condiction, en ce qu'elle obligeait à payer, non pas une somme exactement égale à celle reçue, mais une somme représentative des dommages éprouvés par le demandeur, et suivant une évaluation donnée sous serment par le demandeur lui-même.

avec son autorisation, la dette était, à la vérité, éteinte, et le pupille n'avait plus d'action que contre son tuteur ; mais, si l'insolvabilité de ce dernier venait à rendre cette action illusoire, le préteur accordait au pupille le secours qu'il prêtait à tous les mineurs de vingt-cinq ans, lorsqu'ils éprouvaient un préjudice, c'est-à-dire qu'il le rétablissait dans les droits qu'il avait précédemment *(restitutio in integrum)* ; et alors l'obligation éteinte renaissait, et le débiteur pouvait être condamné à payer une seconde fois.

D. Justinien n'offre-t-il pas au débiteur un moyen de se mettre à l'abri de tout recours ?

R. Oui, Justinien accorda une entière sécurité au débiteur qui payerait avec l'autorisation du tuteur, et, de plus, avec la permission du juge.—Cette permission s'obtient sans frais *(sine omni damno)* ; elle n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit de payer des revenus ou des sommes modiques (L. 26 et 7, C. *de adm. tut.* 5, 37).

D. Quelle conséquence résulte de l'incapacité du pupille, relativement au payement qu'il aurait fait ?

R. Cette incapacité empêche le payement d'être valable ; car pour payer valablement, il faut transférer au créancier, et, par conséquent, aliéner la propriété de la chose donnée en payement. Le pupille conserve donc la propriété et la revendication de ce qu'il a remis au créancier, et reste dans les liens de son obligation (1) ; mais la consommation faite de bonne foi par le créancier, libère le pupille en le privant de sa propriété.

D. Quelles sont les personnes qui peuvent aliéner sans être propriétaires ?

R. Le créancier peut aliéner la chose qui lui a été donnée en gage. Les tuteurs et curateurs peuvent, dans certains

(1) Le pupille demeurant dans les liens de son obligation, on pourrait ne pas voir l'avantage que lui offre l'invalidité du payement. En effet, dirait-on, le créancier qui restitue ce qu'il a reçu pourra en même temps poursuivre un nouveau payement. Mais il faut remarquer que le pupille peut avoir souvent intérêt à reprendre ce qu'il a payé, en restant obligé ; par exemple, lorsque son obligation est à terme, ou lorsqu'elle n'est qu'un cautionnement ; car, dans le premier cas, il a intérêt à jouir du terme ; dans le second, il a intérêt à jouir des bénéfices de discussion et de division accordés à la caution (voy. le tit. *des fidéjusseurs*).

cas, aliéner les biens des personnes dont ils ont la tutelle ou la curatelle ; mais ils ne peuvent, en général, aliéner leurs héritages ruraux sans la permission du magistrat.

D. La faculté qu'a le créancier de vendre le gage est-elle une vraie dérogation au principe que le propriétaire peut seul aliéner ?

R. Non, car cette faculté ne paraît résulter que de la volonté du débiteur qui a consenti expressément ou tacitement à ce que le créancier ait le droit de vendre le gage en cas de non-payement.—Ce droit est tellement dans la nature du gage, que la clause contraire serait regardée comme nulle ; seulement, dans ce cas, la vente devrait être précédée de trois avertissements. La vente du gage doit être faite avec des formalités que Justinien a réglées, à défaut, toutefois, par les parties, d'avoir déterminé entre elles les formes de l'aliénation.

TITRE IX.—*Par quelles personnes on acquiert.*

D. N'acquérons-nous que par nous-mêmes ?

R. Nous acquérons non seulement par nous-mêmes, mais encore par les personnes que nous avons sous notre puissance (nos fils de famille et nos esclaves), par les esclaves dont nous avons l'usufruit, enfin par les hommes libres et les esclaves d'autrui que nous possédons de bonne foi.

D. Qu'est-ce que le père acquérait par les fils de famille ?

R. Dans l'ancien droit, le père de famille acquérait par les enfants soumis à sa puissance, tout ce qui était acquis à ceux-ci. Dans chaque famille, il n'y avait qu'un patrimoine, dont la propriété appartenait au père (*Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet*, L. 195, § 2, ff. *de verb. sig.* 50, 16) ; tous les biens que les fils de famille acquéraient tombaient dans ce patrimoine (1). A la vérité, le père donnait quelquefois à son fils une partie du patrimoine à titre de pécule ; mais le fils n'avait que l'administration des biens qui le composaient, et pendant le temps seulement qu'il plaisait au père de le lui confier.

Dans la suite, les empereurs autorisèrent les fils de famille

(1) Aussi Gaius dit-il (2, § 96) que les fils de famille non plus que les esclaves ne pouvaient pas acquérir par la cession *in jure*, parce que, ne pouvant rien avoir en propre, ils ne pouvaient revendiquer.

à avoir des biens en propre, et l'on distingua différents *pécules*.

D. Qu'est-ce qu'on appelle pécule ?

R. On appelle pécule une portion de biens distincte du patrimoine commun, des biens particuliers, *bona peculiaria*.

D. Combien distingue-t-on de pécules ?

R. On en distingue quatre :

1o Le pécule *castrans*, qui comprend tout ce que le fils de famille acquiert à l'occasion du service militaire ;

2o Le pécule *quasi-castrans*, qui se compose de tout ce que le fils de famille a reçu de la munificence du prince ou de l'impératrice, et de tout ce qu'il a acquis dans l'exercice des fonctions civiles ou ecclésiastiques ;

3o Le pécule *profectice*, qui comprend tout ce qui provient au fils de la chose du père (*ex re patris*) ;

4o Le pécule *adventice*, qui se compose de tout ce qui advient au fils sans provenir du père ou à son occasion (*ex alia causa*) ; ajoutons, et sans lui être acquis à l'occasion du service militaire ou d'une fonction publique.

D. Quels sont les droits du père de famille sur ces différents pécules ?

R. Ce n'est que sur le pécule *profectice* que le père de famille continue à acquérir la toute propriété, suivant les anciennes règles. Il n'a que l'usufruit et l'administration du pécule *adventice*, la nue propriété en étant réservée au fils, en sorte qu'a la mort du père de famille, les biens qui composent ce pécule n'entrant pas dans la masse commune et partageable entre tous les enfants du défunt, restent propres au fils qui les a précédemment acquis (1). A l'égard des pécules *castrans* et *quasi-castrans*, le père n'en a pas même la jouissance, ils restent au fils en toute propriété (voy. toutefois le tit. XII ci-après).

D. Le droit du père sur le pécule adventice cessait-il à l'émancipation du fils de famille ?

(1) Justinien, en le décidant ainsi pour tous les biens profectices, n'a fait que généraliser ce que Constantin avait établi pour les biens provenant au fils de l'hérédité maternelle, et ce que ses successeurs avaient appliqué à tous les biens qui auraient été laissés au fils par un ascendant maternel, par son époux, par son fiancé ou sa fiancée.

R. Oui ; ce droit, n'étant qu'un effet de la puissance paternelle, devait cesser avec elle. Cependant les constitutions permettaient au père émancipateur de retenir le tiers des biens adventices *(quasi pro pretio quodammodo emancipationis)* ; Justinien, au lieu du tiers en toute propriété, lui accorde moitié en usufruit seulement.

D. L'esclave n'a-t-il jamais besoin de la permission de son maître pour acquérir ?

R. Il n'en a besoin que pour l'acquisition d'une hérédité ; comme l'acceptation d'une hérédité expose à des risques, en ce qu'elle oblige à payer toutes les dettes du défunt, on a voulu que l'esclave institué par un étranger ne pût se porter héritier qu'avec l'ordre de son maître (1).

D. A qui appartiennent les acquisitions faites par l'esclave de plusieurs maîtres ?

R. Elles appartiennent à ses maîtres, non par portions égales, mais en proportion du droit que chacun a dans l'esclave *(Instit.* liv. III, t. XVII, *de stip. serv.* § 3*)*.

D. La propriété est-elle le seul droit que nous acquérions par nos fils de famille et nos esclaves ?

R. Nous acquérons encore par eux les obligations consenties en leur faveur (voy. liv III, tit. XVII et XVIII), ainsi que la possession et les avantages qui y sont attachés, comme l'usucapion et la prescription.

D. Le maître acquiert-il la possession à son insu, malgré lui, comme il acquiert la propriété ?

R. Non. La possession se compose d'un double fait, la détention physique et l'intention de posséder ; or, si l'on peut posséder *corpore alieno*, l'intention est essentiellement personnelle. Le maître ne possède donc jamais malgré lui, par son esclave ; il ne possède même pas, en général, à son

(1) Cet ordre n'était pas nécessaire pour accepter un legs, parce que le légataire n'est pas tenu de payer les dettes, qui restent à la charge de l'héritier.—Ce que nous avons dit de l'esclave s'appliquait au fils de famille dans l'ancien droit ; mais depuis l'introduction des différents pécules, on exige le consentement commun du père et du fils pour l'acquisition des choses qui doivent composer le pécule adventice ; c'est-à-dire dont le père doit avoir l'usufruit et le fils la nue propriété. Justinien a décidé que, si l'un refuse son consentement, il devient étranger à l'acquisition, dont l'autre profite seul à ses risques et périls.

insu. Cependant, lorsque le maître a confié à son esclave l'administration d'une partie de ses biens, à titre de pécule (ce qui arrive assez ordinairement), comme on n'a pas voulu que le maître fût obligé d'entrer à chaque instant dans les détails de cette administration, on a décidé qu'il posséderait à son insu tout ce que l'esclave posséderait à l'occasion du pécule qui lui a été accordé.

D. Quelles choses acquiert-on par l'esclave dont on a seulement l'usufruit ?

R. On n'acquiert, par cet esclave, que les choses qui proviennent de son industrie *(ex operibus suis)*, ou des biens qu'on l'a chargé de faire valoir *(ex re fructuarii)*. Les autres acquisitions, notamment celles qui proviendraient d'institutions d'héritier, de donations ou de legs faits à l'esclave, ne profiteraient pas à l'usufruitier, mais au maître de l'esclave, c'est-à-dire au nu propriétaire (1).

D. Quelles choses acquiert-on par l'esclave d'autrui, ou par la personne libre qu'on possède de bonne foi ?

R. On acquiert tout ce qui serait acquis à l'usufruitier. Les autres acquisitions restent, soit à la personne même, si elle est libre, soit à son maître, si elle est esclave.—Observons cependant que l'esclave d'autrui peut être usucapé, et qu'alors toutes les acquisitions qu'il aurait faites appartiendraient, sans exception, au possesseur de bonne foi ; tandis que l'homme libre n'est pas susceptible d'être usucapé, et que l'usufruitier ne peut jamais acquérir, par usucapion,

(1) Parce que les institutions d'héritier, les legs et les donations ne sont pas des fruits, la destination des esclaves n'étant pas de recueillir des successions ou des legs. Voy. liv. II, tit. IV. Néanmoins, les libéralités faites à l'esclave profiteraient à l'usufruitier, si elles avaient été faites en considération de celui-ci. (L. 21 et 22, D. *De usuf.* 7, 1). Elles seraient alors considérées comme provenant *ex re fructuarii*. On attribuerait aussi à l'usufruitier les dons faits à l'esclave en récompense ou en considération des services rendus par celui-ci au donateur, lors au moins que ses services se rapporteraient à la profession, à l'industrie de l'esclave (voy. Hugo, *Hist. du droit rom.*, § 209).—Le simple usager, qui n'a droit que d'employer l'esclave à ses affaires, sans pouvoir le faire travailler pour d'autres et en retirer le prix, ne profiterait pas des acquisitions que l'esclave ferait par son industrie (*ex operibus suis*) ; il aurait droit seulement à celles qui proviendraient de sa propre chose ou à son occasion, par exemple de la terre qu'il ferait cultiver et dont il ferait vendre les produits par l'esclave, du commerce qu'il ferait gérer par l'esclave.

l'esclave sur lequel son droit est établi ; car l'usufruitier ne possède pas civilement, il détient pour un autre et reconnaît qu'il n'est pas propriétaire, et s'il se prétendait propriétaire, il serait de mauvaise foi ; double circonstance qui empêche l'usucapion.

D. L'usufruitier et le possesseur de bonne foi acquièrent-ils la possession de même que la propriété ?

R. Oui, ils acquièrent la possession d'après les mêmes distinctions que la propriété.

D. N'est-ce que par les personnes ci-dessus désignées que nous pouvons acquérir ?

R. Oui ; en ce sens qu'il n'y a que ces personnes qui nous fassent acquérir la propriété ou la possession qu'elles ont acquise en leur nom personnel. Ce que toute autre personne aurait acquis en son propre nom ne pourrait nous appartenir que par une nouvelle transmission. Du reste, nous pourrions acquérir la possession par toute personne *(per extraneam personam)* qui recevrait la chose en notre nom, et devenir propriétaires par suite de cette possession.

D. Lorsqu'un étranger prend possession d'une chose en notre nom, quand la possession nous est-elle acquise ?

R. Lorsqu'il l'a prise de son propre mouvement, la possession ne nous est acquise que lorsque nous avons connu et ratifié son fait. Mais il en est autrement lorsqu'une personne agit par nos ordres, et, par exemple, lorsqu'elle est notre procureur : nous acquérons alors sans le savoir, c'est-à-dire sans être précisément instruits du fait par lequel notre mandataire a exécuté sa mission (1), mais non sans le vouloir, car ce qui se fait en vertu de notre procuration ne se fait toujours que par notre volonté.

Nota. Jusqu'ici nous n'avons parlé que des manières d'acquérir les choses isolément, les objets particuliers *(res singulares)* ; pour terminer cette matière, on aurait encore à s'occuper des legs et des fidéicommis, que nous avons com-

(1) Encore, dans ce cas même, la prescription et l'usucapion, si elles étaient nécessaires, ne commenceraient à courir que du moment où nous connaîtrions notre possession (L. 1, C. *de acq. vel ret. poss.* 7. 32) ; sans doute, dit M. Ducaurroy, n° 526, parce que l'usucapion et la prescription ne profitent qu'au possesseur de bonne foi, c'est-à-dire à celui qui se croit propriétaire ; or, celui qui possède sans le savoir ne peut avoir ni bonne ni mauvaise foi.

pris dans le mode d'acquérir par *la loi* (voy. *Ulp.* tit. XIX, § 17). En suivant l'ordre du texte (§ 6), nous renvoyons à en parler aux tit. XX et suivants de ce livre, et nous allons passer aux manières d'acquérir par universalité *(per universitatem)*, c'est-à-dire aux manières d'acquérir la généralité, l'ensemble des droits ou des biens d'une personne, et par suite chacun des objets compris dans cette généralité. L'universalité des biens d'une personne peut se transmettre par l'hérédité,—par la possession des biens,—par l'adjudication des biens pour conserver les affranchissements,—par l'adrogation.—L'hérédité et la possession des biens consistent, l'une et l'autre, dans la succession à tous les droits actifs et passifs d'un défunt ; elles diffèrent en ce que la première est réglée par la loi civile, et la seconde par les édits prétoriens, qui ont souvent et utilement éludé la rigueur du droit civil. —L'hérédité était déférée par testament ou directement par la loi. L'hérédité légitime ne venait qu'à défaut de l'hérédité testamentaire. Aussi, est-ce de celle-ci que les *Institutes* s'occupent d'abord.—Chacune de ces deux espèces d'hérédité a subi des modifications successives que nous ferons connaître.—Disons seulement ici qu'un principe remarquable du droit romain, c'est que ces deux hérédités s'excluaient tellement l'une l'autre, surtout dans l'ancien droit, qu'on considérait comme impossible de tester seulement pour partie de la succession *(nemo pro parte testatus, pro parte intestatus, decedere potest.* Inst. liv. II, tit. XIV, § 5), et qu'ainsi les dispositions testamentaires, pour être valables, devaient s'étendre à la succession tout entière, et par conséquent contenir nécessairement une institution d'héritier, et non pas seulement des legs particuliers.

TITRE X.—*De la forme des testaments.*

D. Qu'est-ce qu'un testament ?

R. C'est la manifestation dans la forme légale de ce que nous voulons qui soit fait après notre mort : *testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* (1).

(1) Telle est la définition qui nous est donnée par Modestin (L. 1 D. *qui test. fac.* 28, 1.), et de laquelle il faut conclure que la volonté bien constatée du défunt reste sans force, quand elle n'est pas exprimée conformément aux règles du droit (*justa*).—Depuis l'institution des codicilles (voy. ci-après, tit. XXV), le testament se défi-

D. Quelles étaient, à Rome, les formes primitives du testament ?

R. A l'origine de Rome, les testaments se faisaient en forme de lois. On en distinguait deux sortes : le testament *calatis comitiis*, qui se faisait dans une assemblée de comices qui, deux fois par an, était convoquée pour cet objet spécial (*Gaius*, 2, § 101) ; et le testament *in procinctu*, testament militaire, qui se faisait avant le combat ou avant le départ pour une expédition devant l'armée équipée et sous les armes ; car *procinctus*, dit Gaius, *est expeditus et armatus exercitus*. Le peuple ou l'armée qui le représentait à la guerre, sur la proposition d'un citoyen, sanctionnait le choix ou la désignation qu'il faisait de son ou de ses héritiers.

A ces deux formes primitives de tester s'en joignit une troisième, le testament *per æs et libram*, qui ne fut, dans le principe, qu'une mancipation de l'hérédité, une vente de l'hérédité, faite avec les solennités ordinaires de la mancipation, et avec réserve de l'usufruit (1). — Le testateur, en présence de six assistants pubères et citoyens romains, dont cinq témoins et un porte-balance (*libripens*), déclarait vendre et transférer *familiam suam*, c'est-à-dire son hérédité, l'ensemble de ses droits, à celui qu'il avait choisi pour son héritier et qui, se portant acheteur (*familiæ emptor*) en termes solennels, remettait au vendeur, en signe de prix, un lingot d'airain (*æs*) dont il avait préalablement touché la balance (*libram*).

Ces manières indirectes de tester témoignent clairement que le droit de tester n'existait réellement pas encore pour les citoyens. En vue de la conservation des biens dans les familles, on n'avait pas encore admis que la volonté d'un individu pût déroger aux règles ordinaires de la transmission

nirait, plus exactement, l'acte solennel de notre dernière volonté par laquelle nous instituons un héritier direct. En effet, comme nous l'avons déjà dit, l'institution d'héritier est essentielle au testament ; elle en est le principe et la base ; elle le distingue des codicilles, par lesquels on ne peut ni ôter, ni donner l'hérédité, mais seulement des choses particulières.

(1) L'hérédité, c'est-à-dire l'ensemble des droits d'un citoyen, était donc une chose *mancipi*. Si Ulpien ne la comprend pas dans l'énumération qu'il nous donne des choses *mancipi* (voy. liv. II, titre I), c'est que, de son temps, le testament *per æs et libram*, au moyen de la transformation qu'il avait reçue, n'était plus une véritable mancipation.

des biens par succession ; il fallait une loi pour cela. Et c'est précisément parce que le droit de tester n'existait pas en principe, qu'on employait dans le testament *per æs et libram* la voie détournée et la forme d'une vente, de la mancipation ; ne pouvant transmettre à un héritier institué, on vendait à un acheteur (1).

Ce fut seulement par la loi des Douze Tables que fut proclamé le droit, la liberté de tester, c'est-à-dire d'instituer directement, et par sa volonté propre, un héritier ou légataire. La disposition de la loi décemvirale par laquelle ce droit fut établi (UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUÆ REI, ITA JUS ESTO) est restée célèbre dans la jurisprudence romaine, précisément parce qu'elle était le triomphe d'un principe nouveau et important (2).

(1) Cette voie détournée ne suppléait que très imparfaitement à un véritable testament. L'*emptor familiæ* acquérait, par l'effet de la mancipation, un droit irrévocable sur l'hérédité, le droit que tout acheteur avait sur la chose mancipée. Ainsi un premier inconvénient qui résultait du testament déguisé sous la forme d'une vente, c'est qu'il liait irrévocablement le testateur. Un second inconvénient, c'est qu'on ne pouvait instituer pour héritier ni un enfant, ni un muet, ni un sourd, ni un interdit, parce qu'aucune de ces personnes ne pouvait figurer dans la mancipation. Un père de famille ne pouvait pas non plus instituer directement pour héritier un enfant soumis à sa puissance, car *inter patrem et filium contrahi emptio non potest.* L. 2, D. *de cont. empt.* 18, 1. Pour transmettre l'hérédité à un fils de famille, à l'exclusion des autres, il fallait manciper l'hérédité à un tiers, à un ami (*amico*, Gains, 2, § 102), chargé d'en faire la restitution par un fidéicommis qui n'avait rien d'obligatoire. Le fidéicommis n'est devenu obligatoire que sous les empereurs. Voy. liv. II, tit. XXIII. L'*emptor familiæ* pouvait bien être tenu d'exécuter certaines dispositions, par exemple, de donner à telle ou telle personne désignée tel ou tel objet particulier (*res singulares*) ; c'étaient là des dispositions obligatoires pour lui comme les conditions d'une vente. Mais ce n'était que par fidéicommis qu'il pouvait être chargé de restituer l'hérédité tout entière, car la vente ne se conçoit pas avec cette condition.

(2) Comment, de la défense de tester résultant de la nécessité d'obtenir une loi, quand on voulait changer l'ordre ordinaire des successions, passa-t-on au droit absolu de tester tel qu'il est écrit dans les Douze Tables ? Comment le testament *calatis comitiis* a-t-il pu exister en même temps et dans la même société que le testament *per æs et libram*, par lequel le père de famille disposait arbitrairement de sa *familia* ? M. Guérard a donné de tout cela une explication aussi ingénieuse que vraisemblable, en disant que le testament *in comitiis* était dans le droit de la Rome primitive, qu'il était le testament des patriciens ; que le testament *per æs et libram* était né des

Dès lors le testament *calatis comitiis* tomba en désuétude. Comment aurait-il pu se maintenir en présence de la libre faculté de tester écrite dans la loi des Douze Tables ? — Le testament *in procinctu*, qui n'était qu'une dérivation du premier, survécut à la loi des Douze Tables, mais en se modifiant (1). — Quant au testament *per æs et libram*, qui avait été un acheminement au droit nouveau, il fut en apparence conservé, mais en subissant une transformation qui le mit en rapport avec le principe consacré par la loi des Douze Tables.

D. En quoi consistèrent les changements que subit le testament *per æs et libram ?*

R. On ne laissa subsister que la forme extérieure de la mancipation ; il y eut toujours les cinq témoins, le *libripens* et le *familiæ emptor ;* mais celui-ci n'était plus un acheteur sérieux et réel ; ce n'était pas non plus celui à qui le testateur voulait transférer l'hérédité, ce n'était qu'un tiers intervenant par pure formalité, comme un figurant et par l'imitation de l'ancienne solennité (*propter veteris juris imitationem, familiæ emptor adhibetur*, Gaius, 2, 103). En réalité, le testateur disposait directement en faveur des héritiers de son choix et de ses légataires. — Voici comment la scène se passait (2). Le testateur écrivait d'abord ou faisait écrire ses

besoins, de la constitution particulière de la famille plébéienne ; enfin que si le droit le plus absolu de disposer par acte de dernière volonté a été proclamé dans la loi des Douze Tables, c'est par suite du triomphe que l'état de famille et de puissance paternelle des plébéiens, et leurs habitudes sociales, remportèrent dans la rédaction de la loi décemvirale. Voy. l'*Essai sur l'hist. du droit privé des Romains*, p. 104, 250, 286, 463.

(1) Cicéron parle du testament *in procinctu* comme existant encore de son temps, *De nat. deor.*, 2, 3. Et Velleius Paterculus nous représente, à l'attaque de Contrebia, en Espagne, cinq cohortes légionnaires sur le point de monter à l'assaut, *facientibus omnibus in procinctu testamenta, velut ad certam mortem eundum foret*, 2, 5. — Mais le testament *in procinctu* n'était plus et ne pouvait plus être qu'une déclaration de dernière volonté dans la forme la plus simple, un véritable testament. L'armée n'avait plus d'autorité législative ; elle n'était là que pour la preuve. Les compagnons d'armes du soldat qui testait n'étaient plus que des témoins. Voy. au surplus, au titre XI ci-après, comment les constitutions impériales ont affranchi de toute règle le *testament militaire.*

(2) Gaius nous a conservé tous les détails du testament *per æs et libram* modifié, qui était encore en usage de son temps. Voy. com. 2, 104.

dispositions sur des tablettes (1). Puis on accomplissait les solennités de la mancipation ; mais la formule prononcée par le *familiæ emptor* était changée ; au lieu de lui faire dire, comme dans la véritable mancipation : HANC EGO REM EX JURE QUIRITIUM MEAM ESSE AIO, etc., on mettait dans sa bouche les paroles suivantes : FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATAM TUTELAM CUSTODELAMQUE MEAM (ESSE AIO, EAQUE), QUO TU JURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC ÆRE, ÆNEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA (Gaius, II, 104). Par ces mots, *quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam*, on prévenait toute équivoque, le *familiæ emptor* reconnaissait suffisamment que la vente n'avait rien de sérieux, et que le testateur conservait le droit, qui lui était accordé par la loi des Douze Tables, de disposer à son gré de ses biens. Aussi, après que, sa formule prononcée, l'*emptor* avait frappé la balance et remis le lingot au testateur, celui-ci disait en montrant ses tablettes : HÆC ITA, UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITAQUE VOS, QUIRITES, TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE (Gaius, II, 104) (2). — Le nouveau testament *per æs et libram* se composait donc de deux parties, de deux formalités distinctes, la *mancipation*, qui n'était que fictive, et la déclaration solennelle du testateur, qu'on appelait la *nuncupation ;* car, dit Gaius, *nuncupare est palam nominare*, c'est nommer hautement ; le testateur, par sa déclaration, est censé proclamer et confirmer d'une manière générale les diverses dispositions écrites dans les *tabulæ testamenti* (3).

D. Le testament *per æs et libram*, ainsi modifié, se conserva-t-il longtemps ?

R. Oui, il existait encore du temps de Gaius et d'Ulpien : il se conserva comme testament du droit civil jusque sous les empereurs Théodose II et Valentinien III, qui le rempla-

(1) Nous verrons qu'on pouvait faire aussi un testament verbal, en nommant tout haut son héritier institué, en présence des témoins. Voy. la dernière question de ce titre.

(2) Il est évident que, quand le testament se faisait sans écrit, la formule était modifiée.

(3) On peut dire même que le testament tout entier était dans les *tabulæ testamenti*, confirmées par la *nuncupatio* ; le reste n'est qu'un appareil, une vaine démonstration, dont la conservation ne s'explique que par l'attachement des Romains aux solennités dramatiques de leur droit national.

cèrent par le testament tripartite, en usage dans le dernier état du droit.

D. Pourquoi dites-vous que le testament *per æs et libram* se conserva comme *testament du droit civil ?*

R. C'est que, dès une époque assez reculée, il existait, concurremment avec le testament civil, un testament prétorien (1). Les préteurs, en effet, dispensant le testateur des formalités de la mancipation, et même de la nuncupation, dépouillant le *libripens* et le *familiæ emptor* de leur rôle symbolique, pour en faire ce qu'ils étaient au fond, de simples témoins, reconnurent comme valable le testament fait en présence de sept témoins, pourvu toutefois que ces derniers eussent apposé leur cachet (2), formalité nouvelle que le droit civil n'avait point exigée.—Le testament ainsi fait, privé des solennités du droit civil, nul par conséquent, aux yeux de la loi civile, ne pouvait pas conférer l'hérédité proprement dite, mais le préteur lui donnait effet, en accordant aux héritiers ainsi institués la possession des biens (3) du défunt (*bonorum possessio*).

D. Quelle est la forme du testament dans le dernier état du droit (depuis Théodose II) ?

R. Les constitutions des empereurs du Bas-Empire, se rapprochant du droit prétorien et abolissant le drame inutile de la mancipation ainsi que les formules solennelles, ont

(1) Le testament prétorien existait déjà du temps de Cicéron. Verrès avait introduit cette disposition dans son édit : SI DE HÆREDITATE AMBIGATUR, ET TABULÆ TESTAMENTI NON MINUS MULTIS SIGNIS QUAM E LEGE OPORTEAT AD ME PROFERENTUR, SECUNDUM TABULAS TESTAMENTI POSSESSIONEM HÆREDITATIS DABO.—Il est probable que le testament prétorien fut introduit principalement pour donner un moyen de tester aux provinciaux, aux *peregrini* qui ne pouvaient employer le testament *per æs et libram*, car ce testament solennel était, comme la mancipation dont il est dérivé, le privilège des citoyens romains.

(2) L'usage s'était introduit de cacheter (*signare*) les tablettes du testament, de manière qu'il fut impossible de les lire ou d'y rien changer sans briser le cachet. L'édit prétorien confirma cet usage et en fit une formalité, en exigeant que les sept témoins apposassent chacun l'empreinte de leur anneau (*signaculum, annulum*).

(3) La *possession des biens*, espèce de succession prétorienne, était à l'hérédité proprement dite ce que l'*in bonis*, le domaine bonitaire, était au domaine quiritaire. Voy. ci-après, livre III, tit. IX.

adopté une forme nouvelle de testament (1), pour lequel on n'exige que trois conditions :

1o L'unité de contexte (*uno contextu*), c'est-à-dire que toutes les formalités, depuis la présentation du testament aux témoins jusqu'à l'apposition des signatures et des cachets, doivent s'accomplir de suite et sans les interrompre par aucun acte étranger au testament, si ce n'est pour satisfaire à ce qu'exigerait un besoin naturel ou la santé du testateur.

2o La présence de sept témoins. Les témoins doivent avoir été appelés pour la confection d'un testament (*testamenti celebrandi gratia*), ou du moins être bien prévenus de la nature de l'acte auquel ils vont prêter leur ministère.— Le testateur leur présente son testament écrit soit par lui, soit par un autre, soit par avance, soit à l'instant même. Si le testament est écrit par un autre que le testateur, celui-ci doit y apposer, en présence des témoins, sa subscription (*subscriptio*), c'est-à-dire son nom, sa signature.

3o La signature des témoins (*subscriptiones*) et leur cachet (*signacula*). Quand le testament est ouvert, les témoins y apposent leurs signatures, et ensuite, le testament clos, leur cachet (2). Si le testateur veut faire un testament secret, dont personne ne connaisse les

(1) Dans le Bas-Empire, à l'époque où l'inégalité des anciennes races s'était effacée, où le titre de citoyen, titre sans importance réelle (voy. *Introd.*, p. 49), était devenu commun à tous les peuples de l'empire, où, par conséquent, tout ce qui se rattachait aux anciennes solennités et aux privilèges du vieux *jus civile* n'avait plus de sens, la législation, c'est-à-dire les constitutions impériales, avaient une tendance générale à se rapprocher du droit prétorien ; le droit civil et le droit des gens se confondaient de plus en plus (*paulatim cœpit in unam consonantiam jus civile et prætorium jungi*, § 3). Justinien cite la législation impériale sur les testaments comme un exemple de cette fusion.

(2) Les témoins pouvaient cacheter avec un anneau quelconque, qu'il leur appartînt ou non (*a*) ; chacun pouvait en employer un différent, comme aussi tous pouvaient se servir du même (§ 6).—Le cachet semblerait dès lors une garantie peu sûre. Mais il était d'usage qu'à côté de l'empreinte, chaque témoin écrivît de sa main par qui et sur le testament de qui ce cachet était apposé (l. 21, § 4 ; l, 30, D. *qui test. fac. poss.* 28, 1).

(*a*) Les affranchis qui, avant Justinien, n'avaient pas droit de porter des anneaux (voy. Liv. I, tit. VI, la note *in fine*) n'auraient pas pu servir de témoins si chaque témoin n'avait pu employer que son propre anneau.

dispositions, il le présente scellé, lié, ou seulement enroulé jusqu'à la fin de l'écriture, en déclarant que c'est là son testament, et il signe, en présence des témoins, sur l'extrémité restée ouverte ; s'il ne sait ou ne peut signer, on y supplée par un huitième témoin qui signe à sa place. Les témoins signent aussi, puis, le testament étant entièrement clos, y mettent leur cachet (*Théod. et Valent.*, L. 21. C. *de test. et quemad.* 6, 23).

D. Justinien n'avait-il pas introduit une formalité de plus

R. Justinien avait, en effet, exigé que, pour prévenir toutes les fraudes, le nom de l'héritier fût écrit de la main du testateur ou de l'un des témoins ; mais il a ensuite supprimé cette formalité par une de ses novelles (*Nov.* 119, *cap.* IX).

D. Comment nomme-t-on le testament fait dans la nouvelle forme ?

R. On le nomme *tripartite*, comme tirant son origine de trois législations différentes. En effet, l'unité de contexte et la présence de plusieurs témoins dérivent du droit civil (*jus civile*, c'est-à-dire de l'ancien droit) ; le nombre de sept témoins (1) et l'apposition de leurs cachets sont d'origine prétorienne ; enfin leur signature a été exigée par les constitutions impériales.

D. Quelles personnes peuvent être témoins dans un testament ?

R. En général, peuvent être témoins dans un testament, les personnes avec qui le testateur a faction de testament (2) ; mais on excepte : 1o les femmes, qu'on évite de produire dans les affaires civiles ; 2o les impubères, les fous, les muets, les sourds, parce qu'ils sont jugés ne pouvoir soit comprendre,

(1) On attribue au droit prétorien la règle qui porte à sept le nombre des témoins, parce que, parmi les sept personnes dont le droit civil exigeait l'assistance, il n'y avait que cinq témoins, et que les préteurs ont remplacé le *libripens* et le *emptor familiæ* par un sixième et un septième témoin.

(2) Primitivement, c'est-à-dire tant que le testament ne fut qu'une véritable mancipation, on n'avait faction de testament qu'avec les personnes qui pouvaient acquérir par cette procédure solennelle ; ce qui excluait, non-seulement ceux qui n'avaient pas le *commercium*, comme les *peregrini* et les prodigues interdits, mais aussi les fous, les enfants, les sourds et les muets, qui étaient dans l'impossibilité morale et physique d'accomplir les formalités de la mancipation.

soit rapporter, soit entendre ce dont ils auraient été témoins ; 3o les prodigues à qui on a interdit l'administration de leurs biens (1) ; 4o les personnes déclarées infâmes, ou incapables de témoigner en justice ; 5o les esclaves, qui n'ont de leur chef aucune participation aux droits civils.

D. A quelle époque les témoins doivent-ils être capables ?

R. A l'époque de la confection du testament ; peu importe qu'il aient été inhabiles avant le testament, ou qu'ils le soient devenus depuis.

D. Si un esclave qu'on croyait libre avait été appelé à servir de témoin testamentaire, le testament serait-il valable ?

R. Oui, pourvu qu'au moment de la confection du testament cet esclave fût généralement regardé comme libre, et que personne ne contestât alors son état.

D. Vous n'avez parlé que des incapacités absolues d'être témoin dans aucun testament ; n'y a-t-il pas aussi des incapacités relatives, c'est-à-dire qui empêchent d'être témoin dans le testament de certaines personnes ?

R. Oui. Les membres d'une même famille sont inadmissibles comme témoins au testament que ferait l'un d'eux. Ainsi, le fils de famille ne peut être témoin dans le testament de son père : celui-ci ni les frères du testateur ne pourraient non plus être témoins au testament qu'un fils de famille ferait pour disposer de son pécule *castrans* ou *quasi-castrans* (2).

Depuis que l'héritier institué n'est plus l'*emptor familiæ*, et ne concourt pas personnellement à la solennité du testament, le cercle des personnes avec lesquelles on a faction de testament s'est agrandi, il n'exclut que ceux qui n'ont, ni de leur chef, ni du chef de leur maître, la jouissance des droits civils, c'est-à-dire les *peregrini* (et depuis Caracalla le nombre en est bien restreint) et les déportés. (Voy. ci-après, tit. XIV).

(1) Leur incapacité ne vient pas de ce qu'ils ne peuvent faire eux-mêmes de testaments, car les fils de famille qui sont incapables de tester peuvent cependant servir de témoins ; mais ce pourrait être, suivant M. Ducaurroy, no 536, parce qu'on refuse le témoignage de ceux qui se sont rendus indignes de conserver la faculté de tester. Cette raison expliquerait aussi pourquoi les personnes infâmes perdent en même temps le droit de tester et celui de servir de témoins testamentaires (voy. L. 18, pr. ; et § 1, ff. *qui test. fac.* 28, 1).

(2) Telle est la décision de Gaius (2, § 106), que Justinien a confirmée dans ses Institutes ; cependant on a inséré au Digeste une décision contraire d'Ulpien et de Marcellus (L. 20, § 2 *qui test. fac.*).

D. Un père et son fils de famille, ou deux frères, peuvent-ils concourir à la confection du testament fait par une personne étrangère à leur famille ?

R. Oui ; si on réprouve le témoignage des membres de la même famille *(domesticum testimonium*, § 9), c'est seulement lorsqu'il s'agit du testament de l'un d'eux.

D. L'héritier institué et les membres de sa famille sont-ils exclus du nombre des témoins ?

R. Oui, afin qu'ils ne rendent pas témoignage dans leur propre cause (1).

D. Les légataires, les fidéicommissaires et les tuteurs nommés dans le testament pourraient-ils être témoins ?

R. Oui, comme ils ne succèdent pas à l'ensemble des droits, à l'hérédité qui forme l'objet principal et seul nécessaire du testament, on n'a pas cru devoir réprouver leur témoignage, malgré l'intérêt qu'ils ont à la validité du testament, sans l'exécution duquel les dispositions accessoires seraient inutiles. Justinien l'a même décidé par une constitution spéciale. On récuserait encore moins le témoignage des membres de la famille d'un légataire ou d'un fidéicommissaire.

D. Sur quelles matières le testament peut-il être écrit ?

R. Il peut être écrit sur des tablettes, sur du papier, sur du parchemin ou sur toute autre matière.

D. Peut-on faire plusieurs exemplaires du même testament ?

R. Oui, et cela est souvent utile, parce qu'on peut facilemen en perdre un. La représentation d'un seul exemplaire suffit, pourvu qu'il soit revêtu de toutes les formes requises.

D. Jusqu'à présent, vous avez supposé que le testament était écrit ; ne peut-on pas faire un testament verbal ?

(1) Dans l'ancien testament *per æs et libram*, l'héritier, qui n'était que l'acheteur lui-même, devait se trouver exclu avec les membres de sa famille. Plus tard, lorsque l'héritier ne fut plus le *emptor familiæ*, on crut pouvoir le considérer comme étranger à un acte qui se passait entre ce dernier et le testateur ; cependant plusieurs jurisconsultes conseillaient à l'héritier de ne point servir de témoin. Ce conseil fut converti par Justinien en règle impérative, et avec raison ; car, dans le testament *tripartite*, il n'existe plus d'intermédiaire entre le testateur et l'héritier : tout se passe *inter testatorem et hæredem*, comme autrefois *inter testatorem et familiæ emptorem*.

R. Oui, on a toujours pu tester verbalement. Le testament *per æs et libram* ne nécessitait aucun écrit ; la mancipation, en effet, ne comportait aucune écriture, et la nuncupation pas davantage ; au lieu de présenter des tablettes écrites aux assistants, et d'en confirmer le contenu par la formule que nous avons donnée, le testateur pouvait énoncer verbalement ses dispositions et nommer tout haut son héritier. Il est probable qu'anciennement, et à une époque où l'usage de l'écriture était peu répandu, le plus grand nombre des testaments se faisaient ainsi ; c'est même cette désignation verbale de l'héritier qu'on appelait proprement nuncupation *(palam nominare)*, expression qui n'a été appliquée que par extension à la déclaration par laquelle on confirme un testament écrit sans prononcer le nom de l'héritier. — Les constitutions impériales, en simplifiant les formes testamentaires, ont conservé la faculté de faire un testament verbal, ou, à proprement parler, nuncupatif, en déclarant de vive voix ses intentions en présence de sept témoins (1).

TITRE XI. — *Du testament militaire.*

D. N'a-t-on dispensé personne d'observer dans la confection des testaments les formalités dont vous venez de parler ?

R. Les constitutions impériales en ont dispensé les militaires qui sont en campagne. De quelque manière donc qu'un militaire manifeste la volonté sérieuse de tester, son testament est valable ; il suffit de prouver qu'il a voulu tester, et cette preuve peut se faire par toute sorte d'écrits (L. 15, C. *De militari test.* 6, 21), ou *(et sine scriptura)* par témoins (2).

D. Qu'entendez-vous quand vous dites que le militaire doit avoir manifesté l'intention sérieuse de tester ?

(1) Le testament verbal ou nuncupatif, qui réunissait les conditions de l'unité de contexte et de la présence de sept témoins, était valable d'après le droit civil, *perfectissimum jure civili* (§ 14). Il était impossible de le soumettre à la formalité du droit prétorien, à l'apposition des cachets ; néanmoins les préteurs en protégeaient l'exécution, en donnant alors la possession de biens comme exécuteurs du droit civil (voy. le tit. *des possessions de biens*).

(2) Est-il nécessaire qu'il y ait au moins deux témoins ; un seul suffirait-il ? C'est un point controversé. M. Etienne, *hic*, M. Bonnier, *Traité des preuves*, p. 209, pensent qu'avant les empereurs du Bas-Empire, sous lesquels s'introduisit la maxime *testis unus, testis nullus*, un seul témoin pouvait suffire.

R. Je veux dire qu'il ne suffirait pas de rapporter des propos vagues, tenus dans une simple conversation *(ut sermonibus fieri solet)* ; qu'il faudrait prouver que le militaire a voulu réellement faire un testament (1).

D. Le privilège d'être exempté des solennités ordinaires du testament appartient-il aux militaires en tout temps et en tout lieu ?

R. Non, il n'appartient qu'aux militaires qui sont en campagne. Ainsi, dans les camps, quiconque n'est pas ou n'est plus militaire, par exemple les vétérans, et, hors des camps, tous les testateurs, militaires ou non, ne peuvent faire de testament, qu'en observant les solennités ordinaires.

D. Le testament militaire est-il valable après le congé délivré *(post missionem)* ?

R. Il conserve sa force pendant un an seulement après le congé (2). Si donc le vétéran meurt dans l'année, le testament qu'il avait fait avant son congé sans observer les formalités ordinaires, reste valable, lors même que l'institution d'héritier étant conditionnelle, ce testament ne pourrait recevoir son exécution que plus tard par l'événement de la condition. Mais s'il ne meurt pas dans l'année, le vétéran doit remplacer le testament militaire par un testament solennel.

D. Un testament manquant de quelque solennité serait-il validé par cela seul que le testateur étant devenu ensuite militaire, aurait acquis le droit de tester sans formalité ?

R. Non, mais il vaudrait *ex nova militis voluntate*, si le testateur, devenu militaire, y avait fait des additions ou suppressions, ou enfin avait manifesté d'une manière quelconque la volonté de faire valoir cet ancien testament nul. En effet, cette volonté devient elle-même un testament ; et

(1) Dans l'espèce rapportée au § 1er, le militaire avait convoqué des témoins pour entendre ses dernières volontés : cette circonstance est énoncée parce qu'elle prouvait la volonté certaine de tester, mais non parce que la convocation des témoins serait une condition nécessaire de la validité du testament. Trajan dit lui-même que les militaires testent *quomodo volent, quomodo poterint.*

(2) Encore le congé devait-il être honorable. Si donc le militaire avait été renvoyé comme indigne de servir, son testament fait sans les solennités ordinaires serait nul du moment où il aurait cessé d'être militaire (voy. L. 21 et 26, ff. *de militari test.* 29, 1, *M. Ducaurroy*, nº 55).

pour un militaire affranchi de toutes les formes, confirmer un ancien testament, c'est le refaire (L. 2, § 6, ff. *de inj. rup.*, 28, 3).

D. Lorsqu'un militaire éprouve un changement d'état, n'est-ce pas par privilège que son testament, quoique fait avant la diminution de tête, est valable comme s'il eût été fait dans la nouvelle condition du testateur ?

R. Oui. De droit commun, lorsqu'un testateur éprouve une diminution de tête, son testament devient inutile *(irritum)* et ne reprend pas sa validité par le retour du testateur à son état primitif (voy. tit. XVII ci-après), sauf à celui-ci à faire un nouveau testament dans la nouvelle position où il vient d'entrer, si cette position le lui permet. Mais, par privilège, les militaires qui éprouvent un changement d'état (1) n'ont pas besoin de refaire leur testament ; ils sont censés le maintenir *(quasi militis ex nova voluntate valet)* pour les biens dont ils peuvent disposer dans leur nouvelle position (2).

D. L'état militaire ne procurait-il pas l'avantage de pouvoir tester à plusieurs individus qui n'auraient pu le faire d'après les règles ordinaires ?

R. Oui, tels étaient les fils de famille, les sourds et les muets

(1) Il s'agit surtout de la petite diminution de tête, d'un changement de famille, car si le testateur perdait ses droits de liberté ou de cité il cesserait d'être militaire ou de pouvoir tester. Cependant un rescrit d'Adrien a permis au militaire condamné pour délit militaire de tester malgré sa condamnation ; et Ulpien en conclut que le testament que ce militaire aurait fait avant sa condamnation resterait valable par l'effet des privilèges militaires, comme s'il l'avait fait nouvellement (*fecisse is credatur.* L. 6, § 6, D. 28, 3).

(2) Si donc un père de famille militaire avait fait un testament pour disposer de tous ses biens ou même seulement d'une partie de ses biens,—car les militaires ont le privilége de mourir partie testat et partie intestat,—et qu'il vînt à se donner en adrogation et cessât par conséquent d'être *sui juris*, son testament qui, de droit commun, devrait être non avenu, serait maintenu pour les biens dont il peut encore disposer, c'est-à-dire pour son pécule castrans, de même, si un fils de famille, militaire, avait fait un testament sur son pécule castrans, et qu'il vînt à être émancipé, étant encore à l'armée, son testament s'appliquant, par sa volonté présumée, à sa nouvelle situation, vaudrait non seulement pour son pécule castrans, mais même pour toute la masse de ses biens, comme s'il eût été fait depuis l'émancipation (L. 37, C. 3, 28).

(1)—Mais les premiers ont obtenu ensuite la permission de disposer de leurs biens *castrans*, même après leur congé, en observant, dans ce cas, les formalités ordinaires ; ils ont aussi obtenu la permission de disposer par testament ordinaire de leur pécule *quasi-castrans* (voy. pr. et § 6). Quant aux sourds et aux muets, Justinien leur a permis de tester hors des camps, en établissant pour leur testament des formes particulières.

TITRE XII.—*Des personnes à qui il n'a pas été permis de tester.*

D. Pour savoir si un testament est valable, suffit-il d'examiner s'il a été fait avec les solennités requises ?

R. Non, il faut encore, et même avant tout (*Gaius*, II, § 114), examiner si le testateur avait la faction de testament, c'est-à-dire la faculté de tester. Cette faculté n'appartient qu'à ceux auxquels elle a été accordée par la loi : car l'incapacité de tester résulte d'un simple défaut de permission.

D. A quelles personnes la faction de testament a-t-elle été accordée ?

R. La loi des Douze Tables ne l'avait accordée qu'aux pères de famille (2). Les fils de famille étaient incapables de tester, même avec le consentement de leur père ; car la faction de testament, qui intervertit l'ordre légal de succession, est une faculté de droit public qui ne peut être accordée que par la loi.

Auguste, Nerva et Trajan permirent aux fils de famille de disposer par testament de leur pécule *castrans*, mais seule-

(1) *Les sourds les muets.* Il faut supposer qu'il s'agit d'un militaire qui, par suite d'une infirmité survenue accidentellement, va recevoir son congé, mais ne l'a pas encore reçu (*ante missionem causariam*, L. 4, D. *de test. mil.*, 29, 1).

(2) C'est-à-dire aux citoyens *sui juris*. Ce n'est qu'aux citoyens qu'appartient la capacité de tester, et elle n'a pu être accordée primitivement qu'aux pères de famille, puisqu'eux seuls étaient propriétaires. Lorsque les fils de famille eurent des biens en propre, le droit d'en disposer par testament ne fut pas la conséquence immédiate de leur propriété ; il ne leur fut attribué que par des concessions législatives.

ment pendant qu'ils étaient au service. Adrien conserva cette faculté aux fils de famille vétérans (1).

Dans la suite, la faculté de disposer par testament du pécule *quasi-castrans* fut concédée à quelques fils de famille ; Justinien l'accorda à tous d'une manière générale.

D. Les fils de famille n'ont-ils pas obtenu la permission de tester relativement à leur pécule adventice ?

R. Non ; les pécules castrans ou quasi-castrans sont les seuls biens dont les fils de famille puissent disposer par testament.

D. Tous les pères de famille peuvent-ils indistinctement faire un testament ?

R. Il faut distinguer deux choses dans la faction de testament, le droit et l'exercice du droit. Or, les pères de famille ont bien tous le droit d'avoir un testament ; mais ils n'ont pas tous la faculté d'exercer ce droit, car cette faculté suppose la réunion de certaines qualités que la loi ne donne point, et dont l'absence nous empêche de confectionner un testament, sans nous empêcher d'avoir et de conserver celui qui aurait été fait par nous ou pour nous (2). C'est ainsi que les impubères, les fous, les prodigues, les sourds, les muets, quand bien même ils sont *sui juris*, ne peuvent faire de testament, et que cependant le testament régulièrement fait

(1) Avant Justinien, lorsque le fils de famille n'avait pas disposé du pécule *castrans*, les biens qui le composaient appartenaient au père, non par droit de succession, mais par droit de puissance paternelle ; ils étaient censés n'avoir toujours été qu'à lui. Justinien veut que le pécule *castrans* ne revienne au père qu'à défaut d'enfants et de frères ; il ajoute : *jure communi*.—Doit-on entendre par ces expressions qu'il ne veut rien modifier des effets du droit primitif, et que, dès lors, lorsque le père recevra le pécule, il le recevra encore, non comme un successeur, mais comme un propriétaire qui recouvre sa chose, c'est là l'interprétation généralement admise : notamment par Cujas et M. Ortolan. Quelques autres commentateurs pensent, au contraire, que ces expressions *jure communi* signifient que Justinien, modifiant cette partie de la législation ancienne, a voulu la réformer complètement et revenir au droit commun des successions. Dans ce système, le père recevra le pécule de son fils comme un successeur. Il s'ensuit qu'il sera tenu des dettes au delà des biens du pécule, à moins qu'il n'accepte que sous bénéfice d'inventaire. Il n'aurait été tenu, suivant la première interprétation, que jusqu'à concurrence de la valeur du pécule.

(2) Nous verrons, au tit. XVI *de la substitution pupillaire*, dans quel cas et par quelle personne pouvait être fait le testament d'un pupille ou d'un fou.

n'est point infirmé par la folie ou les infirmités survenues, ou par l'interdiction prononcée après sa confection (1).

D. Le testament fait par un impubère, un fou, etc., resterait-il nul, lors même que le testateur deviendrait pubère ou sain d'esprit ?

R. Oui ; les actes originairement nuls ne reçoivent jamais du temps la validité qu'ils n'ont pas eue d'abord, *quod ab initio nullum est, nullo lapsu temporis convalescere potest* (L. 29 et 210, ff. *de reg. jur.* 50, 17).

D. Pourquoi les fous et les impubères sont-ils privés de l'exercice du droit de tester ?

R. Les fous en sont privés parce qu'ils manquent d'intelligence ; les impubères, parce que, bien qu'ils ne soient pas dénués d'intelligence, ils n'ont pas encore le discernement que les jurisconsultes romains nomment *animi judicium* (2).

D. Les sourds et les muets ont-ils toujours été privés de la faculté de faire un testament ?

R. Avant Justinien, les muets et les sourds ne pouvaient tester que lorsqu'ils étaient dispensés des formes ordinaires, soit comme militaires, soit par une exception individuelle accordée par l'empereur. En effet, les muets, incapables de requérir, les sourds, incapables d'entendre les témoins, ne pouvaient tester d'après les règles du droit commun (3) ; car il faut observer qu'il s'agit ici du sourd qui n'entend absolument rien, et non de celui qui entend difficilement ; du muet qui ne peut rien dire, et non de celui qui parle péniblement.

(1) Parce que la folie, les infirmités, etc., ne font perdre que l'exercice du droit de tester. Il en serait différemment si c'était le droit même d avoir un testament qu'on eût perdu. En règle générale, lorsque le testateur cesse d'être libre, citoyen ou *sui juris*, son testament cesse aussitôt d'exister (voy. tit. XVII ci-après).

(2) Les impubères, qui peuvent acquérir l'hérédité d'autrui avec l'autorisation du tuteur, ne peuvent tester même avec cette autorisation, parce qu'il est bien moins important pour eux de transmettre leur propre hérédité que d'acquérir celle d'autrui.— Le testament fait par un fou dans un intervalle lucide est valable (§ 1er).

(3) Les sourds et les muets ne pouvaient tester *per æs et libram* : les premiers, parce qu'ils ne pouvaient pas entendre les paroles solennelles que prononçait le *familiæ emptor* ; les seconds, parce qu'ils ne pouvaient prononcer celles de la nuncupation.

Mais Justinien venant au secours de ceux qui sont affectés de ces infirmités, a voulu qu'en observant certaines formes, ceux qui ne seraient pas à la fois sourds et muets de naissance *(certis casibus)* pussent tester et faire tous les actes pour lesquels ils auraient d'ailleurs capacité légale.

D. Les aveugles sont-ils privés de l'exercice du droit de tester ?

R. Ils ne l'ont jamais été, parce que leur infirmité ne les empêche pas de requérir et d'entendre les témoins ; toutefois, pour éviter les fraudes, Justin, père adoptif de Justinien, a soumis le testament des aveugles à quelques formes particulières (1).

D. Le citoyen romain prisonnier chez l'ennemi peut-il avoir un testament ?

R. La servitude où il est tombé lui ôte le droit de tester. Le testament qu'il aurait fait chez l'ennemi est donc nul, même en cas de retour *(quamvis redierit)*. Pareillement, le testament qu'il aurait fait avant d'être prisonnier devrait être infirmé par la servitude ; cependant il est toujours valable, mais c'est par suite de deux fictions, dont l'une, en cas de retour, effaçant le temps de la captivité, fait considérer le prisonnier comme n'ayant jamais quitté le territoire romain *(jure postliminii)* (2) ; l'autre, introduite par la loi Cornélia, suppose que le prisonnier décédé chez l'ennemi est mort à l'instant même de sa captivité, et par conséquent dans l'intégrité de ses droits (voy. p. 50).

Titre XIII. — *De l'exhérédation des enfants* (3).

D. Lorsque le testateur avait ses fils sous sa puissance et

(1) En outre des sept témoins, le testateur devait être assisté d'un tabellion *(tabularius)*, ou, à défaut, d'un huitième témoin, qui devait écrire le testament sous la dictée de l'aveugle, ou donner lecture de celui qui aurait été écrit d'avance, afin que l'aveugle pût déclarer que c'était bien là sa dernière volonté.

(2) La fiction du *postliminium* ne pouvait pas valider le testament fait chez l'ennemi, parce que cette fiction replaçait le prisonnier de retour dans l'état où il était avant la captivité ; or, dans cette supposition, le prisonnier dont le testament a été fait chez l'ennemi n'a point de testament (voy. notre *Examen critique du cours de M. Duranton*, t. 1er, p. 119).

(3) Justinien commence ici l'exposition des restrictions et garanties qui ont été successivement établies en faveur des descendants contre

qu'il voulait transmettre son hérédité à un étranger, lui suffisait-il d'instituer cet étranger ?

R. Non ; il fallait qu'il déshéritât expressément ses fils.

D. D'où provenait la nécessité de cet exhérédation ?

R. Elle semblait résulter de ce que les membres d'une même famille étaient considérés, à plusieurs égards, comme

le droit illimité de tester posé dans la loi des Douze Tables. Cette exposition sera continuée dans les tit. XVIII et XXII. M. Bonjean a résumé nettement les résultats de ces restrictions dans la note suivante : " La loi des Douze Tables, en accordant au père de famille le droit de disposer par testament, n'avait soumis ce droit à aucune restriction : " UTI LEGASSIT... ITA JUS ESTO." Pour priver de sa succession ses parents, et même ses enfants, il suffisait au testateur d'instituer un étranger. Cela était d'autant plus inique, que souvent les biens laissés par le père de famille à son décès lui avaient été acquis par ses enfants ; aussi le droit coutumier ne tarda-t-il pas à adoucir la rigueur du principe établi par la loi décemvirale ; et on finit par assurer aux enfants le quart de l'hérédité paternelle, du moins quand ils n'avaient pas donné à leur père des sujets de plaintes graves (a). On n'arriva à ce résultat que progressivement, et à l'aide de moyens indirects dont il est utile de saisir d'avance l'ensemble et les traits principaux.—1o On commença par établir en principe que tout ascendant serait tenu, sous peine de nullité de son testament d'instituer ou d'exhéréder formellement les enfants soumis à sa puissance : tel est l'objet de notre titre XIII.—2o Cette première innovation n'imposait guère au père de famille qu'une formalité de plus : en définitive, il restait maître de dépouiller ses enfants, en les déshéritant formellement, mais cette exhérédation devint ensuite l'occasion d'une mesure beaucoup plus directe. Sous le prétexte que le testateur qui, sans motifs, avait exhérédé ses enfants, ne devait pas être bien sain d'esprit, on accorda aux enfants exhérédés le droit de faire annuler le testament paternel comme inofficieux, c'est-à-dire comme violant les devoirs qu'impose le titre de père. Si le testateur veut éviter cette rupture, il doit avoir soin de laisser à chaque enfant le quart de ce que celui-ci aurait eu comme héritier *ab intestat* ; c'est là ce qu'on appelle la *quarte légitime* (la plainte de testament officieux et la légitime font l'objet du titre XVIII).—3o Toutefois le père de famille qui aurait voulu ne pas laisser à ses enfants même ce quart aurait encore eu un moyen : pour cela il lui eût suffi de les instituer héritiers, et de les grever tellement de legs qu'il ne leur restât plus que le vain titre d'héritiers. Cette dernière issue est fermée au testateur par la loi Falcidie, qui accorde à tout héritier testamentaire le droit de ne payer les

(*a*) M. Guérard pense que les patriciens contribuèrent beaucoup à établir ces restrictions, qui étaient des retours à leur ancien droit privé, suivant lequel le père n'avait point la despotique puissance du maître de la famille plébéienne, et devait conserver ses biens à ses enfants, devoir dont il ne pouvait être affranchi que par une loi, *calatis comitiis*. Voy. *Introd.* p. 11.

copropriétaires des biens de la famille ; en sorte qu'à la mort de leur chef, ces biens n'étaient pas précisément pour eux une acquisition nouvelle ; ils conservaient ce qui n'avait pas cessé de leur appartenir (1). D'après cela, les prudents pensèrent que, pour déférer l'hérédité à un tiers, le père de famille devait la retirer à ceux qui l'avaient déjà, et il fut reçu que quiconque aurait un fils en sa puissance serait dans l'obligation alternative de l'instituer ou de le déshériter expressément, à peine de nullité.

D. Si le fils omis dans le testament du père venait à mourir avant celui-ci, le testament resterait-il inutile ?

R. Oui, parce qu'il était nul dès le principe (2).

D. L'institution ou l'exhérédation pouvait-elle être faite sous condition ?

R. Oui ; du moins lorsque la condition était potestative, c'est-à-dire dépendait de la volonté du fils. Quant aux institutions ou exhérédations faites sous une condition casuelle, elles n'étaient valables qu'autant que le fils survivait à l'événement ; car lorsque la condition ne se réalisait qu'après sa mort, le fils n'ayant été ni institué ni déshérité pendant sa vie, ne l'avait jamais été, et le testament était nul (voy. le tit. suiv.). Il en était de même quand le fils avait été institué pour le cas où une condition casuelle se réaliserait, et déshérité pour le cas contraire, par exemple si on avait dit : *Si tel vaisseau revient, mon fils sera héritier sinon il sera déshérité ;*

legs mis à sa charge que jusqu'à concurrence des trois quarts de la succession (tit. XXII).—Ainsi, en résumé, si le testateur passe ses enfants sous silence, son testament est nul, et les enfants ont tout ; s'il les exhérède, il faut qu'il leur fasse la quarte légitime,sinon ils feront annuler le testament comme inofficieux, et auront toute la succession ; enfin, si le père institue ses enfants en les grevant de legs, ils sont encore assurés d'avoir un quart en vertu de la loi Falcidie."— Ces garanties ont été complétées par la possession de biens donnée aux enfants émancipés et qui, ne se trouvant plus en la puissance du père à la mort de celui-ci, n'étaient pas appelés à sa succession *ab intestat* d'après le droit des Douze Tables (liv. III, tit. Ier).

(1) Aussi les appelait-on *sui hæredes*, héritiers de leurs propres biens. Voy. sur l'interprétation que nous donnons aux mots *sui hæredes*, le tit. XIX ci-après.

(2) Telle était l'opinion des Sabiniens, qui a prévalu. Les Proculéiens n'admettaient la nullité que dans l'intérêt du fils omis, et seulement lorsque celui-ci survivait pour faire obstacle aux héritiers institués (*Gaius*, 2, § 123).

si le fils décédait avant que le vaisseau fût revenu, et avant qu'il fût certain qu'il ne reviendrait pas, il n'avait jamais été institué ni déshérité, et le testament était nul (L. 22, 28, ff. *de lib. et posth.* 28, 2).

D. L'omission d'une fille ou d'un descendant d'un degré inférieur, dans le testament du père de famille, en entraînait-elle la nullité, comme l'omission du fils ?

Non ; seulement les enfants ainsi omis avaient (*jus accrescendi*) le droit de concourir avec les institués pour une portion déterminée (1).

Cette portion était toujours de la moitié lorsque les héritiers institutés étaient étrangers à la famille. Elle était d'une part virile lorsque les institués étaient (*sui hæredes*) des membres de la famille, c'est-à-dire que les descendants omis ajoutaient une tête au nombre des héritiers siens institués, et enlevaient moitié à celui qui se trouvait seul, un tiers, un quart à ceux qui se trouvaient deux, trois, et ainsi de suite.

D. Ce que vous venez de dire doit-il s'entendre de tous les petits-enfants indistinctement ?

R. Non, mais seulement des petits-fils dont le père est prédécédé ou a éprouvé une diminution de tête ; car, tant que le père reste dans la famille de l'aïeul, les petits-enfants n'ont aucun droit immédiat sur les biens de la famille, parce que leurs droits ne sont que ceux de leur père ; c'est à leur père et non pas à eux qu'appartient la qualité de *suus hæres*, de copropriétaire de l'hérédité : il est donc inutile de leur retirer un titre et des droits qu'ils n'ont pas encore ; ce n'est donc pas eux, mais leur père qu'il faut déshériter.

D. N'y avait-il pas aussi une différence entre le fils et les autres descendants, quant à la forme de l'exhérédation ?

R. Oui ; le fils devait être exhérédé nommément (*nominatim*), de cette manière : TITIUS FILIUS MEUS EXHÆRES ESTO ;

(1) Cette différence de résultat entre l'omission du fils, qui rendait le testament nul, et l'omission des autres enfants soumis à la puissance du même chef, qui donnait seulement à ceux-ci le droit de concours, paraît venir de ce que la puissance qui unissait le père aux enfants constituait à l'égard du fils un lien plus fort qu'à l'égard de tous les autres descendants. (Voy. liv. I, tit. IX).

ou bien, sans ajouter le nom propre, pourvu que le testateur n'eût qu'un fils : FILIUS MEUS EXHÆRES ESTO. Les filles et les petits-enfants pouvaient être déshérités cumulativement (*inter cæteros*) : ce qui se faisait lorsqu'après avoir institué un ou plusieurs enfants héritiers, le testateur ajoutait : CÆTERI EXHÆREDES SUNTO.

D. Fallait-il aussi instituer ou exhéréder les enfants posthumes ?

R. Oui ; car les droits des enfants légitimes se réglant d'après l'époque de la conception, ceux qui, quoique nés après la mort du testateur, auraient été conçus à cette époque, auraient été ses héritiers siens (*sui hæredes*), et l'exhérédation seule aurait pu les priver de ce titre.

Toutefois l'enfant conçu n'avait de droits qu'à condition qu'il naîtrait viable ; aussi le testament où le posthume avait été omis n'était pas nul comme celui où le fils né avait été passé sous silence ; il valait dans l'origine, et rien ne l'empêchait d'avoir son exécution lorsque la femme dont on espérait un posthume avait fait une fausse couche, mais il était rompu (*rumpitur*) par l'agnation, c'est-à-dire par la naissance du nouvel héritier qui survenait dans la famille.

D. Le testament était-il rompu en entier par la naissance d'un posthume omis, quel que fût son sexe ou son degré ?

R. Oui, la naissance d'un posthume, mâle ou femelle, fils ou petit-fils, infirmait en entier le testament : tandis que l'omission d'une fille ou d'un petit-fils déjà né n'empêchait pas le testament de conserver un effet partiel.

D. A-t-il toujours été permis d'éviter la rupture du testament, en instituant ou en déshéritant les enfants posthumes ?

R. Non ; cette précaution fut longtemps impossible, parce que nulle disposition testamentaire ne pouvait concerner les personnes incertaines, au nombre desquelles se trouvent nécessairement celles qui ne sont pas nées ; mais les prudents imaginèrent de considérer les posthumes comme déjà nés, non seulement à la mort du testateur, mais même lors de la confection du testament. Ceux qui, dans cette hypothèse, seraient nés sous la puissance du testateur, se nommèrent posthumes siens ; les autres, posthumes étrangers. L'institution de ces derniers, inutile à la sûreté du testament, resta prohibée, du moins par le droit civil (voy. tit. *des legs*) ; mais

on autorisa, à l'égard des premiers, toute sorte de dispositions. Ainsi l'on put les instituer ou les déshériter, leur donner un legs, leur nommer un tuteur.

D. Comment les posthumes devaient-ils être exhérédés ?

R. Les filles et les petites-filles posthumes pouvaient être exhérédées cumulativement, pourvu cependant qu'on leur léguât un objet quelconque, afin qu'elles ne parussent pas avoir été omises par oubli ; mais les posthumes mâles devaient être, sans distinction de degré, exhérédés nominativement de la manière suivante : QUICUMQUE MIHI FILIUS GENITUS FUERIT, EXHÆRES ESTO.

D. Les enfants qui naissaient ou qui devenaient héritiers siens après la confection du testament, mais avant la mort du testateur, ne rompaient-ils pas, comme les posthumes, le testament où ils avaient été omis ?

R. Oui. Les prudents n'avaient point étendu jusqu'à eux la permission de les instituer ou de les déshériter d'avance, parce que le testateur pouvait recommencer le testament ainsi rompu ; mais cette permission fut accordée par une loi spéciale, la loi *Julia Villeia* (1) qui les assimila aux posthumes. De là vient à ces enfants le nom de *quasi-posthumes* ou *posthumes velléiens.*

D. Quelles étaient les diverses classes de quasi-posthumes ?

R. On pouvait distinguer comme formant autant de classes de quasi-posthumes : 1o les héritiers siens nés après la confection du testament et avant la mort du testateur ; 2o les petits-enfants dont le père était sorti de la famille entre ces deux époques. Ces petits-enfants, prenant la place de leur père, devenaient héritiers siens de l'aïeul, et rompaient le testament de celui-ci, lorsqu'ils y avaient été omis, comme les posthumes et les quasi-posthumes précédents les rompaient par leur agnation *(quasi-agnascendo)* (2) ; 3o les héritiers siens devenus tels par une adoption ou une légitima-

(1) Le manuscrit de Gaius porte *Junia Velleia* (2, § 134), et non *Julia*. Cette loi *Julia* ou *Junia Velleia* a été rendue sous Auguste, l'an de Rome 763, du Christ 10.

(2) La loi *Velleia* avait été nécessaire, non pas pour autoriser l'aïeul à instituer cette seconde classe de posthumes, car, étant nés lors de la confection du testament, ils pouvaient y être institués comme toute autre personne, mais pour autoriser à les déshériter d'avance, et pour le cas où ils deviendraient héritiers, parce qu'on ne pouvait, de droit

tion postérieure à la confection du testament ; 4o les petits-enfants qui, à la mort de l'aïeul, retombaient sous la puissance de leur père, et devenant ses héritiers siens, infirmaient le testament qu'il avait fait étant encore fils de famille pour disposer de son pécule castrans ou quasicastrans.

D. Etait-on obligé d'instituer ou de déshériter les enfants émancipés ?

R. Non, du moins d'après le droit civil ; mais le préteur, considérant l'émancipation comme non avenue, accordait la possession de biens *contra tabulas* (contraire aux dispositions du testament) à ceux des enfants émancipés qui avaient été omis. Pour assurer l'effet du testament, il fallait donc instituer les enfants émancipés ou les déshériter, savoir, ceux du sexe masculin nommément, et ceux du sexe féminin, soit nommément, soit collectivement.

D. La possession de biens *contra tabulas* aurait-elle été également accordée aux enfants que le fils émancipé aurait eus depuis son émancipation, quoiqu'ils n'eussent jamais été sous la puissance de l'aïeul testateur ?

R. Oui ; en général, le préteur accordait la possession de biens *contra tabulas* à tous ceux qui étaient réellement héritiers siens d'après le droit civil, et à tous ceux à qui le droit civil ne déniait cette qualité que par suite d'une petite diminution de tête, pourvu toutefois que cette possession de biens lui fut demandée ; car si les enfants omis ne la demandaient pas, le préteur accordait la possession *secundum tabulas* aux héritiers institués, lors même que, d'après le droit civil, le testament aurait été nul par l'omission d'un véritable héritier sien (1). C'est ainsi que, quand le quasi-posthume, dont l'agnation ou la quasi-agnation avait rompu le testament, décédait avant le testateur, le préteur donnait

commun, leur ôter, avant la mort ou l'émancipation de leur père, le titre d'héritiers siens de l'aïeul, qu'ils n'avaient pas encore.

(1) Le préteur accordait la possession de biens en entier même aux filles et aux petits-fils dont l'omission en droit civil n'était qu'une cause d'accroissement ; mais une constitution d'Antonin a restreint pour eux le bénéfice de la possession *contra tabulas* à la portion pour laquelle le droit civil les admettait à concourir avec les institués (*Gaius*, 2, § 125). — L'enfant institué pour une portion minime ne pouvait pas, pour lui-même, demander la possession de biens ; mais ce droit s'ouvrait pour lui toutes les fois qu'un autre enfant avait été omis, et bien que celui-ci ne réclamât pas (voy. L. 23, § 11 ; 8, § 14, ff. *de b. p. secund. tab.*, 37, 11).

effet à ce testament en accordant la possession de biens *secundum tabulas* aux héritiers institués.

D. Etait-on obligé d'instituer ou de déshériter les fils adoptifs ?

R. Tant que les enfants adoptifs restaient dans leur famille adoptive, ils y étaient assimilés aux enfants nés d'un mariage légitime, et il fallait les instituer ou les déshériter de la même manière que ceux-ci ; mais une fois émancipés par le père adoptif, ils n'étaient plus comptés comme enfants, ni par le droit civil, ni par le droit prétorien. Réciproquement, à l'égard du père naturel, les enfants, tant qu'ils étaient dans la famille adoptive, étaient considérés comme des étrangers, parce qu'on ne pouvait pas appartenir en même temps à deux familles différentes ; mais, lorsqu'ils étaient émancipés par le père adoptif, ils rentraient dans la même condition où ils se seraient trouvés s'ils avaient été émancipés par leur père naturel, et le droit prétorien voulait que celui-ci les instituât ou les déshéritât expressément.

D. Justinien a-t-il apporté quelques modifications aux règles dont vous venez de parler ?

R. Oui ; Justinien supprimant toute différence entre les fils et les autres descendants, entre les posthumes mâles et les posthumes du sexe féminin, a décidé que tous les descendants, soit siens, soit émancipés, devraient être déshérités nommément, sans distinction de degré ni de sexe, et que leur omission entrainerait également la nullité du testament en entier.

A l'égard des enfants adoptifs, les innovations introduites par l'empereur, en matière d'adoption, ne permettent d'appliquer la nécessité de l'exhérédation qu'aux adrogés ou aux fils de famille adoptés par un ascendant, puisque ce sont les seuls (du moins en général) qui passent encore sous la puissance de l'adoptant (voy. liv. I. tit. XI, page 140).

D. Les militaires étaient-ils astreints à exhéréder expressément les enfants qu'ils ne voulaient pas instituer ?

R. Non. Le silence du testateur militaire suffisait pour priver ses enfants de l'hérédité, lors toutefois qu'il savait avoir des enfants nés ou conçus ; car si la volonté de déshériter n'avait pas besoin d'être expresse, elle devait exister et être constatée, et par conséquent l'existence ou la survenance d'héritiers auxquels le testateur n'aurait pas pensé,

aurait annulé dans un cas, et infirmé dans l'autre, le testament militaire.

D. La mère et les ascendants maternels étaient-ils soumis à l'obligation d'instituer ou de déshériter leurs descendants ?

R. Non ; la nécessité de l'exhérédation n'existait qu'à l'égard des héritiers siens, et de ceux que le préteur considérait comme tels, malgré l'émancipation ; or, les enfants ne sont point héritiers siens de leur mère ou de leur aïeul maternel, puisqu'ils n'entrent point dans la famille de ces derniers. Le silence de la mère ou de l'aïeul maternel dans son testament, a donc le même effet que l'exhérédation du père, et si l'enfant peut attaquer le testament maternel dans lequel il a été omis, ce n'est que dans le cas où il pourrait attaquer le testament paternel où il aurait été exhérédé, c'est-à-dire lorsqu'il y a lieu à la plainte d'*inofficiosité* (voy. ci-après, tit. XVIII, *du testament inofficieux*).

TITRE XIV.—*De l'institution des héritiers.*

D. Qu'est-ce que l'institution d'héritier ?

R. C'est la désignation de celui ou de ceux que le testateur veut pour héritiers, c'est-à-dire pour son ou ses représentants universels, pour celui ou ceux qui doivent continuer sa personne juridique. — Cette institution était essentielle à la validité de toutes les dispositions particulières faites par le testateur, en sorte que si elle venait à manquer, soit par refus d'acceptation, soit par toute autre cause, les legs et autres dispositions considérés comme des lois imposées à l'héritier institué et comme des accessoires de l'institution, tombaient également (1).

D. Quels sont ceux que l'on peut instituer héritiers ?

R. On peut instituer héritiers ceux avec qui l'on a faction de testament (voy. tit. XIX, ci-après). Or, on n'a faction de

(1) L'institution d'héritier devait se faire primitivement en termes solennels : *Titius. hæres esto. — Titium hæredem esse jubeo.* Voy. Gaius, 2, 116 et 117. La nécessité de ces formules sacramentelles a été abolie par Constantin II, et l'institution peut se faire, dans le dernier état du droit, en tels termes que ce soit. L. 15, C. 6, 23. — L'institution devait être placée en tête du testament (*caput testamenti*); toute disposition mise avant l'institution était nulle. Justinien a aboli cette règle rigoureuse. Voy. tit. XX ci-après.

testament qu'avec les citoyens romains (1). On ne peut donc instituer ni les *peregrini*, ni conséquemment les déportés.

D. Tous les citoyens indistinctement peuvent-ils être institués héritiers ?

R. Non ; il y a quelques incapacités particulières. Ainsi dans l'ancien droit, et en vertu de la loi *Voconia*, les femmes ne pouvaient être instituées héritières par un testateur compris dans la première classe du cens, c'est-à-dire ayant une fortune de cent mille as (2). Sous Justinien, cette incapacité n'existe plus. Mais les apostats et les hérétiques sont encore frappés d'incapacité (L. 3, C. 1, 7). Les enfants incestueux ne peuvent être institués par leur père ou mère, le second conjoint par l'époux qui a des enfants d'un premier mariage, les enfants naturels par leur père, quand il a des enfants légitimes (L. 6, C. 5, 5. L. 6, C. 5, 9. L. 2, C. 5, 27)

D. Peut-on instituer les esclaves ?

R. Oui, on peut instituer les esclaves d'autrui, pourvu qu'on ait faction de testament avec le maître ; on peut instituer ses propres esclaves, en leur laissant la liberté qui doit les rendre citoyens.

D. Le maître qui institue son esclave est-il tenu de l'affranchir expressément ?

R. Il y était obligé dans l'ancien droit, parce que l'affranchissement, soumis à des formes solennelles, ne pouvait pas

(1) On a aussi faction de testament avec les municipalités et autres corporations légalement établies. Dans l'ancien droit, on ne pouvait instituer que les dieux ou plutôt les temples désignés à cet effet par un sénatus-consulte ou une constitution impériale. *Ulp.* 22, 6. Dans le droit antéjustinianéen, les Latins Juniens, qui avaient le *jus commercii*, et qui pouvaient figurer comme *emptores* dans la mancipation, avaient la capacité d'être institués héritiers ; on avait avec eux la faction de testament. Mais ils n'avaient pas le *jus capiendi*, et, pour profiter de l'institution, il fallait que, depuis la confection du testament et avant l'adition d'hérédité, ils fussent devenus citoyens. *Gaius*, 1, 23, 24 ; *Ulp.*, 22, 3. Certaines personnes, en effet, sans être privées de la faction de testament, n'avaient pas le droit de *capere*, c'est-à-dire de recueillir les libéralités du testateur, ou de les recueillir en entier. Tels étaient les *cœlibes* (célibataires sans enfants) et les *orbi* (les mariés sans enfants) d'après les lois *Julia* et *Papia Poppea*. Voy. *Introd.*, p. 51.

(2). Voy. *Introd.*, p. 19.—La loi Voconia est de l'an 585 de R. Voy. sur la partie politique de cette loi, M. Laferrière, t. I, p. 228.

être tacite. Mais Justinien a décidé que l'affranchissement tacite résultant de l'institution suffirait (1).

D. Peut-on instituer l'esclave dont on a seulement la nue propriété ?

R. Oui ; l'esclave ainsi institué deviendra libre, sauf à servir l'usufruitier jusqu'à la fin de l'usufruit, car celui qui a la nue propriété de l'esclave est regardé comme propriétaire (2).

D. Comment l'esclave institué par son maître devient-il héritier ?

R. Lorsque l'esclave institué est resté sous la puissance du testateur jusqu'à la mort de celui-ci, il devient simultanément libre et héritier nécessaire (voy. liv. I, tit. VI, et tit. XVI ci-après) ; mais s'il a été affranchi du vivant du testateur, comme le testament ne lui défère plus en même temps la la liberté et l'hérédité il ne devient héritier que volontairement, et en faisant adition ; si l'esclave institué a été aliéné depuis la confection du testament, il n'acquiert l'hérédité que par l'adition faite par ordre de son nouveau maître.

D. Comment l'esclave d'autrui institué devient-il alors héritier ?

R. Il devient héritier en acceptant l'hérédité par l'ordre de son maître, s'il est resté dans la même condition ; s'il avait changé de maître, ce serait par l'ordre de son nouveau maître qu'il devrait faire adition (3) ; s'il avait été affranchi, soit du vivant du testateur, soit depuis la mort, mais avant l'adition, ce serait de sa seule volonté et pour lui-même qu'il accepterait et acquerrait l'hérédité.

(1) Voy. liv. I, tit. VI.—Du reste l'affranchissement exprès ou tacite est toujours nécessaire à la validité de l'institution : et toutes les fois que l'affranchissement sera impossible, l'institution ne pourra subsister. C'est ainsi que la femme accusée d'adultère avec son esclave ne pourrait pas l'instituer héritier pendant l'instruction du procès, parce que, jusqu'à la sentence, elle ne pourrait pas l'affranchir (*Pr.*, *h. t.*).

(2) En effet l'usufruit est un droit sur la chose d'autrui. Voy. pourtant, pour l'ancien droit, *Ulp.* 1, 19.

(3) L'hérédité est acquise à celui qui est propriétaire de l'esclave au moment de l'adition, jusqu'à l'adition le bénéfice de l'institution suit l'esclave, l'hérédité *ambulat cum dominio*. (L. 2, § *ult.* ff. *de b. p. secund. tab.* 37, 11).

D. Peut-on, après la mort de quelqu'un, et avant que l'acceptation de son hérédité lui ait donné un successeur, instituer les esclaves qu'il a laissés dans cette hérédité ?

R. Oui, quoique la faction de testament n'existe avec les esclaves que du chef de leur maître : car jusqu'à l'adition, l'hérédité est réputée représenter le défunt et continuer sa personne (*vicem personæ defuncti sustinet*). Pour instituer les esclaves qui dépendent d'une succession, il suffit donc, tant qu'elle n'a pas été acceptée, d'avoir eu faction de testament avec le défunt, quoiqu'on ne l'ait pas avec l'héritier futur. C'est pourquoi, bien qu'on ne puisse pas instituer un posthume, on peut cependant instituer l'esclave qui doit lui appartenir à sa naissance comme faisant partie d'une hérédité qui lui est déférée en sa qualité de posthume sien du défunt.

D. Lorsqu'un esclave appartenant à plusieurs maîtres a été institué héritier, pour qui acquiert-il l'hérédité ?

R. Il acquiert l'hérédité pour chacun des maîtres avec lesquels le testateur a faction de testament, et qui lui font faire adition, non toutefois par portions égales, mais en proportion du droit que chacun a dans la propriété de l'esclave.

D. Si l'esclave commun avait été institué par un de ses maîtres, quel serait l'effet de cette institution ?

R. Si la liberté lui avait été expressément donnée par le testament, l'esclave institué deviendrait libre, sauf l'indemnité à payer aux copropriétaires (suivant ce que nous avons dit liv. II, tit. VII, *in fine*) ; mais, dans le cas contraire, et à défaut d'affranchissement exprès, on peut douter (avec Vinnius et M. Ducaurroy) que la liberté de l'esclave fût regardée comme une conséquence tacite de l'institution, car l'institution d'un esclave commun peut se soutenir du chef des autres copropriétaires, comme celle de l'esclave d'autrui et indépendamment de tout affranchissement (*Ulp.*, t. XXII, § 7 et 10).

D. Peut-on instituer des personnes qu'on n'a jamais vues ?

R. Oui ; on le pouvait même dans l'ancien droit, suivant lequel on n'avait point faction de testament avec les personnes incertaines (voy. tit. *des legs*) ; on ne réputait point personne incertaine celle sur l'existence de laquelle on avait une idée fixe, quoiqu'on ne l'eût pas vue. Ainsi j'aurais pu insti-

tuer les fils de mon frère nés en pays étranger (*peregrinatos*, § 12), quoique je ne les eusse jamais connus.

D. Peut-on instituer plusieurs héritiers ?

R. Oui, on peut instituer autant d'héritiers que l'on veut. Tous les héritiers institués sont appelés à toute l'hérédité, pour la recueillir entière, soit concurremment, soit les uns à défaut des autres : car c'est une règle du droit civil, qu'on ne peut mourir partie testat, partie intestat. Le testateur peut régler seulement quelle sera, en cas de concours, la part que chacun des institués prendra dans l'hérédité.

D. Quelle est la division la plus ordinaire de l'hérédité ?

R. L'hérédité appelée *as*, expression qui, chez les Romains, désigne l'unité, le dividende, se partage ordinairement en douze parties égales qu'on appelle *onces* (1). Telle est la division que le testateur est censé adopter, lorsque rien n'indique le contraire.

D. Le testateur serait-il censé avoir adopté une autre division, si, n'ayant institué qu'un héritier, il lui avait donné six onces (*semissem*) ?

R. Comme, dans ce cas, on ne pourrait supposer que le testateur a adopté la division de l'*as* en douze onces sans décider qu'il n'a disposé que de la moitié de son hérédité, et par conséquent qu'il a voulu mourir partie testat et partie intestat, ce qui n'est permis qu'aux militaires, le testateur serait censé avoir divisé l'as en six onces, c'est-à-dire en sixièmes et non pas en douzièmes. Cette supposition n'étant

(1) La réunion de plusieurs douzièmes, ou onces, forme des fractions auxquelles on a donné des noms particuliers ; ainsi :

2 onces, ou	2/12,	formant 1/6 sextans.
3	3/12,	1/4 quadrans.
4	4/12,	1/3 triens.
6	6/12,	1/2 semis.
8	8/12,	2/3 bes.
9	9/12,	3/4 dodrans.
10	10/12,	5/6 dextans.
11	11/12,	1 — 1/12 deunx.

Bes vient de *bis triens ; dodrans* dérive de *quadrans*, contracté avec le verbe *demo*, qui veut dire retrancher : *dodrans* signifie donc l'unité *moins un quart*. *Dextans* est formée de *sextans*, contracté avec *demo*, et signifie l'unité *moins un sixième ; deux* veut dire également l'unité *moins un douzième ;* quant aux fractions de cinq et de sept douzièmes ou onces, elles s'expriment par leur nom numérique, sauf une légère contraction *quinc-unx* et *sept-unx*.

pas nécessaire pour concilier le testament d'un militaire avec la rigueur du droit, il faudrait décider qu'un militaire qui aurait donné six onces n'aurait disposé que de la moitié de son hérédité.

D. Quid, si le testateur avait distribué entre plusieurs héritiers plus ou moins de douze onces, par exemple en instituant trois héritiers chacun pour trois onces (*ex quadrante*), ou quatre héritiers pour quatre onces ?

R. L'hérédité serait réputée divisée en 9 onces dans le premier cas et en 16 dans le second ; chaque héritier aurait donc, au premier cas, 3/9 ou 1/3, et dans le second 4/16 ou 1/4. Si le testateur avait donné à chacun des institués des parts inégales, il y aurait lieu à un accroissement ou à un décroissement proportionnel ; si, par exemple, deux héritiers avaient été institués, l'un pour 6, l'autre pour 3 onces, l'*as* comprendrait 9 onces, et le premier aurait 6/9 ou 2/3, le second 3/9 ou 1/3.

D. Quid, si le testateur n'avait assigné de part à aucun des institués ?

R. Ceux-ci seraient réputés institués par égales portions. Toutefois, si plusieurs héritiers avaient été constitués conjointement, c'est-à-dire par une seule disposition collective, ils n'auraient à l'égard des autres qu'une seule part ; si, par exemple, après avoir institué *Titius*, on avait institué *Marius* et *Paul*, ceux-ci n'auraient ensemble qu'une moitié (6 onces) ; et *Titius* aurait seul la seconde.

D. Quid, si le testateur n'avait assigné de parts qu'à quelques-uns des institués ?

R. Les autres prendraient le surplus. Si donc *Titius*, *Caius* et *Ceius* avaient été institués, le premier pour 3 onces, le second pour 4, sans que la part de *Ceius* fût désignée, celui-ci aurait 5 onces.

D. Si les parts distribuées à quelques-uns des institués complétaient les 12 onces de l'*as*, qu'est-ce qu'on attribuerait à ceux qui n'auraient pas de part désignée ?

R. On leur attribuerait la moitié (*dimidiam partem*). En effet, comme on ne peut croire que le testateur ait institué quelqu'un pour ne lui rien donner, on suppose qu'il a voulu d'abord partager l'hérédité en deux *as*, et que ce n'est que d'un *as* qu'il a voulu faire la distribution aux institués à qui

il a désigné leurs parts, réservant aux autres la moitié non distribuée ; ou, ce qui revient au même, on suppose que l'*as* a été divisé en 24 onces, au lieu de 12. Si le testateur avait distribué 24 onces, et qu'il y eût des institués sans part désignée, l'*as* serait supposé divisé en 36 onces, et ainsi de suite (1).

D. Comment l'institution peut-elle être modifiée ?

R. L'institution peut être pure et simple, ou sous condition : mais elle ne peut se faire à terme *(ex certo tempore aut ad certum tempus)* ; car le testateur qui aurait des héritiers institués pour un temps, et n'en aurait point pour l'autre, mourrait partie testat et partie intestat, ce qui (comme nous l'avons déjà dit) n'est permis qu'aux militaires ; c'est d'ailleurs un principe que la qualité d'héritier, une fois acquise, ne peut plus être retirée : *semel hæres, semper hæres* (2).

D. L'institution faite à terme était-elle donc nulle ?

R. Non ; l'importance que les Romains mettaient à ne point mourir intestats faisait supposer que la volonté principale du testateur était d'avoir un testament, et que l'avoir de telle ou telle manière n'était qu'un objet secondaire ; en conséquence, l'institution faite à terme était réputée pure et simple, le terme était considéré comme non écrit (*pro supervacuo)* (3).

D. En quoi le terme diffère-t-il de la condition ?

R. Le terme diffère de la condition en ce qu'il tend à retarder l'effet de la disposition, sans en retarder la certitude ; tandis que la condition rend la diposition elle-même

(1) L'hérédité divisée en deux *as*, composés chacun de douze onces, se nomme *dupondium* ; en trois *as*, *tripondium*, etc.

(2) Lorsque l'institution est faite sous condition, le testateur ne meurt pas partie *testat* t partie *intestat* ; car la succession ne s'ouvre qu'à l'avènement de la condition, ou lorsqu'il devient certain qu'elle ne s'accomplira pas : dans le premier cas, le testateur n'a que des héritiers institués, et, dans le second, il n'a jamais que des héritiers légitimes.

(3) C'est dans le même esprit qu'on regardait comme non écrite la mention d'un objet particulier auquel le testateur aurait restreint l'institution, lors toutefois qu'il n'y avait qu'un seul héritier institué (L. 9. §§ 4 et 13 *de hæred. inst.*, 28, 5).

incertaine, en la faisant dépendre d'un événement futur, et qui peut arriver ou ne point arriver (1).

D. Certaines conditions ne sont-elles pas regardées comme non écrites ?

R. Oui ; les conditions physiquement impossibles à exécuter, comme celle de toucher le ciel avec le doigt, et celles moralement impossibles, parce qu'elles sont contraires aux lois et aux bonnes mœurs, sont réputées non écrites, et n'empêchent pas l'institution d'être pure et simple. On ne peut en donner d'autre raison que l'importance qu'attachaient les Romains à avoir un testament.

D. Si l'ouverture de l'hérédité est différée jusqu'à l'époque incertaine qui forme la condition, pourquoi ne l'est-elle pas également jusqu'à l'époque certaine qui constitue le terme ?

R. Plusieurs commentateurs ont cru trouver la raison de cette différence dans l'effet rétroactif, qu'ils ont attribué à la condition accomplie, et qui ne peut s'appliquer au terme. Cet effet rétroactif existe, en effet, dans les obligations, mais les textes ne permettent pas de l'étendre aux dispositions testamentaires. L'ouverture des droits de l'institué sous condition ne date que de l'accomplissement de la condition ; c'est d'après cette ouverture, à cette date, que se règle sa capacité ; c'est l'hérédité elle-même, et non pas lui, qui, jusqu'à ce moment, est censée continuer et soutenir la personne

(1) L'événement qui doit nécessairement arriver peut constituer une condition, lorsqu'on est incertain s'il arrivera du vivant de la personne appelée à profiter de la disposition. Tel est le sens de la règle *dies incertus conditionem in testamento facit* (L. 76, ff. *de condit. et dem.* 31, 1.), règle qui ne s'applique point aux contrats. Ainsi l'institution, subordonnée à la mort d'un tiers, serait une institution conditionnelle, parce que cette mort, quelque inévitable qu'elle soit, peut arriver avant ou après celle de l'institué.

Les conditions se divisent en *potestatives*, qui dépendent du fait de l'institué ; *casuelles*, qui dépendent du hasard ou du fait d'autrui, et *mixtes*, qui dépendent en même temps du fait de l'institué et du fait d'autrui ou du hasard. Les conditions potestatives, quoique non accomplies, sont néanmoins considérées comme réellement exécutées, lorsque leur exécution n'est plus au pouvoir de l'institué. Il n'en est pas précisément de même de la condition mixte, comme celle d'épouser une personne désignée. Le refus de cette personne ferait bien considérer la condition comme accomplie, mais il en serait autrement de sa mort (voy. M. *Ducaurroy*, No 601).

du défunt (1). Aussi, et ceci est décisif, lorsque l'institué meurt avant l'accomplissement de la condition, l'institution est nulle, ce qui n'aurait pas lieu si la condition rétroagissait au jour du décès du testateur, car alors l'institué serait réputé avoir recueilli l'hérédité et l'avoir transmise à ses propres héritiers.—La véritable réponse à la question, nous l'avons déjà indiquée ; lorsque l'institution est conditionnelle, la succession légitime est écartée, suspendue, tant que la condition peut s'accomplir, parce que d'un moment à l'autre l'héritier institué peut avoir le droit d'intervenir, parce qu'il y a espérance qu'il pourra appréhender la succession à une époque plus ou moins prochaine, et dans tous les cas incertaine, et que, par suite de la faveur accordée aux testaments, cette espérance est un motif suffisant pour exclure les héritiers *ab intestat* jusqu'à la défaillance complète de la condition. Mais lorsque l'institution est à terme, il y aurait eu, si l'on eût validé le terme, un espace de temps déterminé pendant lequel on eût été parfaitement certain qu'il n'y aurait point eu d'héritier institué. Il n'y aurait donc eu aucune raison pour écarter, pendant cet espace de temps, les héritiers légitimes ; et ceux-ci succédant, soit après soit avant les héritiers institués, suivant que le terme aurait été *ad certum tempus* ou *ex certo tempore*, il y aurait eu des héritiers qui ne l'auraient été que pour un temps, le défunt aurait été partie testat, partie intestat, ce que les principes ne permettent pas (2). Il a donc fallu, pour sauver ces principes, annuler le terme et réputer l'institution pure et simple, ce qui n'a point été nécessaire pour l'institution conditionnelle.

(1) Ce qui toutefois n'empêchera pas que l'héritier, une fois l'adition d'hérédité faite, ne se trouve, sous certains rapports, dans la même position que s'il avait succédé au défunt aussitôt après sa mort. *Hæres quandoque adeundo hæreditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.* L. 54, D. *de acq. hæred.* 29, 2. Mais c'est là un effet général de l'adition, qui a lieu pour l'héritier pur et simple comme pour l'héritier conditionnel. Ce n'est point, par conséquent, un effet de l'accomplissement de la condition.

(2) Cela est si vrai que, lorsqu'un militaire, qui, par privilège, peut faire une institution à terme et mourir partie intestat et partie testat, a nommé quelqu'un héritier, par exemple pour dix ans (*ad certum tempus*), au bout de dix ans la succession est déférée aux héritiers légitimes ; que s'il avait nommé quelqu'un héritier à compter de dix ans, après sa mort (*ex certo tempore*), jusqu'à l'arrivée du terme l'hérédité serait déférée *ab intestat.* L. 41 D., *de test. mil.* 129, 1.

D. Lorsque plusieurs conditions ont été imposées à l'institution, faut-il que toutes ces conditions soient accomplies ?

R. Il faut distinguer si ces conditions ont été imposées conjonctivement (par exemple, *si vous faites telle et telle chose*), ou disjonctivement *(si vous faites telle ou telle chose)* ; dans le premier cas, toutes les conditions doivent être accomplies ; dans le second, c'est assez qu'une seule le soit. Du reste, ce n'est là qu'une règle d'interprétation qui doit toujours fléchir devant l'intention constante du testateur : c'est la volonté du défunt qu'il faut examiner, plutôt que le sens ordinaire des mots qu'il a employés. (L. 101, § 2, D. *de cond. et dem.*, 35, 1.)

D. Lorsque la condition est *de ne pas faire* et doit dépendre de la volonté de l'héritier institué, celui-ci doit-il nécessairement attendre que la condition soit remplie ?

R. Non, il peut la tenir pour accomplie et faire de suite adition d'héridité, mais à la condition de fournir caution (1) à l'héritier légitime ou aux autres ayants droit. Sans cela il courrait grande chance de n'entrer jamais en possession de l'hérédité. Supposez, en effet, que le testateur ait imposé cette condition : *Si hæres in Asiam non ierit*, l'héritier devrait attendre jusqu'à sa mort que la condition ne pût défaillir.

TITRE XV.—*De la substitution vulgaire.*

D. Qu'est-ce en général qu'une substitution ?

R. C'est une institution d'héritier subordonnée à une autre institution dont elle dépend (2).

D. Combien distingue-t-on de substitutions ?

R. On en distingue trois : la substitution *vulgaire*, la substitution *pupillaire*, et la substitution *exemplaire* ou *quasi-pupillaire*.

D. Qu'est-ce que la substitution vulgaire ?

(1) Cette caution se nomme caution mutienne. Voy. L. 7 et 18, *de cond. et dem.* D. 35, 1.

(2) On définit souvent la substitution en général l'institution d'un héritier dans un degré inférieur, mais cette définition, exacte pour les substitués vulgaires, ne convient pas au substitué pupillaire, qui vient au premier rang dans l'hérédité du pupille.

R. C'est la disposition par laquelle le testateur, instituant des héritiers de différents degrés, appelle à l'hérédité un second institué, pour le cas où le premier ne recueillerait pas la succession *(si hæres non erit)* ; un troisième pour le cas où le second ne serait pas héritier ; ainsi de suite (1). On l'appelle vulgaire parce qu'elle est la plus ordinairement employée.—Les héritiers institués au premier degré sont les institués proprement dits : ceux qui ne doivent venir qu'en second ou troisième ordre se nomment substitués.

D. Que pouvait faire le testateur lorsqu'il voulait être sûr d'avoir un héritier ?

R. Il pouvait instituer en dernier lieu (2) son esclave, qui devenait alors son héritier nécessaire. C'est une précaution que les Romains prenaient souvent, à cause de l'importance qu'ils attachaient à ne point mourir intestats.

D. Le substitué peut-il concourir avec l'institué ?

R. Non ; lorsque l'institué recueille l'hérédité, la substitution est nulle, la condition de laquelle elle dépendait ne se réalisant pas. Cependant Tibère a décidé que lorsque le testateur aurait institué un esclave qu'il croyait libre, et lui aurait donné un substitué, celui-ci serait admis à concourir avec l'esclave intitué (3).

D. De quelle manière peut se faire la substitution ?

R. On peut substituer plusieurs personnes à une seule, ou

(1) Exemple : *Que mon fils soit mon héritier ; si mon fils n'est pas mon héritier, que ce soit Sempronius ; si celui-ci n'est pas héritier, que ce soit Mévius.* Ce n'est pas la place où chacun est écrit dans le testament qui détermine les degrés, mais bien la volonté du testateur et la condition qu'il impose. Ainsi, dans le testament où j'aurais dit: *Sempronius, soyez mon héritier, si mon fils ne l'est pas,* et plus bas : *Que mon fils soit héritier,* il est évident que mon fils est au premier degré, et Sempronius au second. (L. 28, ff. *de hæred. inst.*, 28, 5.)

(2) On pouvait donner à l'esclave un rang plus avancé ; mais si le testateur était insolvable, ce n'était jamais qu'en dernier lieu que son esclave venait à l'hérédité, lors même qu'il avait été institué au premier rang (voy. liv. I, tit. VI).

(3) *In partem admittitur* (§ 4) ; c'est-à-dire pour une moitié, suivant l'opinion des meilleurs interprètes Tibère a voulu trancher la difficulté qui s'élevait sur la question de savoir si, dans l'espèce, la condition *(si hæres non erit)* à laquelle la substitution est subordonnée est accomplie lorsque l'esclave n'est héritier que pour son maître.

une seule à plusieurs, ou une personne différente à chacun des institués ; les institués peuvent être substitués les uns aux autres *(ipsi invicem)*.

D. Quel est l'effet de la substitution des institués entre eux ?

R. C'est d'attribuer la part de celui qui vient à manquer à ceux qui sont devenus héritiers du testateur, et qui existent encore ; et cela, en excluant les héritiers d'un institué décédé même après l'adition d'hérédité, mais avant que la substitution fût ouverte. Sous ce rapport, la substitution réciproque diffère du droit d'accroissement, qui augmente non seulement la part des héritiers survivants, mais aussi celle qu'un héritier décédé a recueillie et transmise dans sa propre succession.

D. En cas de substitution réciproque, et lorsque le testateur n'a pas réglé le partage de la part vacante, comment se fait ce partage entre les héritiers qui ont été institués pour des parts inégales ?

R. La part vacante se partage entre les héritiers proportionnellement aux parts qu'ils ont dans l'institution. Par exemple, un testateur, apres avoir institué trois héritiers, *Primus*, pour deux onces, *Secundus* pour sept, *Tertius*, pour trois, les a substitués les uns aux autres ; *Tertius* prédécède ou refuse, sa part se divisera en neuf parties, dont deux pour *Primus* et sept pour *Secundus*.

On présume que les parts exprimées dans l'institution sont tacitement répétées dans la substitution.

D. Lorsque de deux institués, le second a été substitué au premier, et qu'une troisième personne non instituée a été substituée au second, cette personne est-elle, par cela seul, regardée comme substituée au premier ?

R. Oui (1) : cette personne, étant substituée au second institué, qui est lui-même substitué au premier, est tacitement substituée à ce dernier. De là la règle : *Substitutus substituto censetur substitutus instituto.*

D. Quelle était l'utilité de cette décision ; le droit d'ac-

(1) Le texte dit que cela a lieu *sine distinctione* : autrefois on distinguait dans quel ordre les substitutions se trouvaient écrites et dans quel ordre elles s'ouvraient. Ces distinctions ont été abolies par Sévère et Antonin.

croissement n'aurait-il pas produit le même résultat ?

R. La personne substituée au second institué, en prenant la part de celui-ci, pourrait en effet prétendre, par droit d'accroissement, à la part vacante du premier. Mais il faut remarquer qu'avant Justinien, le droit d'accroissement était restreint par les lois *caducaires* (la loi Papia Poppea), qui attribuaient soit à l'héritier qui avait des enfants, soit au fisc les parts *caduques* ou *quasi-caduques*, c'est-à-dire tout ce qui était devenu vacant, non seulement avant le décès du testateur, mais encore dans l'intervalle entre son décès et l'ouverture du testament (voy. tit. *des legs*). Or, la substitution empêchait la caducité. Depuis Justinien, le droit résultant de la substitution serait encore utile dans le cas où il y aurait au moins trois institués : lorsqu'au premier on substitue le second, et à celui-ci une quatrième personne non instituée, cette personne, au cas où les deux premiers institués viendraient à manquer, recueillerait, avec celle du second, la part entière du premier ; tandis qu'à défaut de substitution tacite cette part du premier, se trouvant vacante, aurait été partagée, par droit d'accroissement, entre le troisième institué et la personne substituée au second.

D. S'il y a plusieurs institués, substitués entre eux, l'un d'eux venant à manquer, les autres peuvent-ils se refuser à accepter la part qui leur échoit dans la portion primitivement dévolue à celui qui fait défaut.— En d'autres termes, l'accroissement *ex substitutione* est-il obligatoire ?

R. La question est controversée. Il nous paraît toutefois que cet accroissement est obligatoire comme l'accroissement proprement dit.—Si les coïnstitués pouvaient ne pas accepter la part de celui qui fait défaut et auquel ils sont substitués, il arriverait que le défunt serait mort, partie testat, et partie intestat, ce qui rendrait nulles ses dispositions testamentaires. (Voy. sur cette question Ortolan, t. I, p. 584, et Demangeat, t. I. p. 663.)

Titre XVI. —*De la substitution pupillaire.*

D. Qu'est-ce que la substitution pupillaire ?

R La substitution pupillaire, ou substitution au second cas, est l'institution d'héritier que le père fait pour le fils

qu'il a sous sa puissance (1), et pour le cas où celui-ci viendrait à mourir pupille.—En effet, comme jusqu'à la puberté on n'avait pas l'exercice du droit de tester, pour que les pupilles ne mourussent pas intestats, l'usage s'était introduit de permettre au père de famille de tester pour les enfants que sa mort devait laisser pupilles, c'est-à-dire *sui juris* et impubères (2). Mais pour faire ainsi le testament de son fils, le père devait avoir lui-même un testament (§ 5), à moins qu'il ne fût militaire (L. 2, 2, ff. *de vulg. et pup.* 28, 6).

D. La substitution pupillaire suppose donc deux testaments ?

R. Oui, elle suppose deux testaments, celui du père et celui du fils, ou du moins un testament double dans son objet, puisqu'il dispose de deux hérédités.—Lorsque c'est par deux actes séparés que le père dispose de sa propre hérédité et de celle de son fils, le testament du père doit précéder celui du fils ; mais lorsqu'ils sont faits par le même acte, il n'y a plus d'ordre prescrit (L. 2, §§ 4 et 7, ff. *de vulg. et pup.* 28, 6).

D. Le père de famille ne peut-il substituer qu'aux enfants du premier degré ?

R. Il peut substituer aux enfants des degrés inférieurs, mais seulement lorsque ceux-ci ne doivent retomber, à sa mort, sous aucune puissance. — Le père de famille peut substituer aux posthumes comme aux enfants déjà nés.

D. Quelle précaution le père de famille peut-il prendre lorsqu'il craint que la publicité de la substitution n'expose son fils à des embûches de la part du substitué, intéressé à ce que le pupille meure avant d'avoir atteint la puberté ?

R. Le père peut laisser à découvert la première partie du testament qui ne regarde que sa propre hérédité, et lier ou cacheter, la dernière partie, qui renferme la substitution pupillaire, en défendant de rompre les cachets avant la mort ou la puberté du pupille.

D. Le père de famille est-il obligé d'instituer pour

(1) Au moment où il fait la substitution et au moment de sa mort (voy. M. *Ducaurroy*, n° 613).

(2) Le père de famille peut substituer pupillairement dans les mêmes cas où il pourrait nommer un tuteur testamentaire (voy. le titre *des tutelles*, liv. I, tit. XIII).

son héritier le fils auquel il substitue pupillairement ?

R. Non ; le père de famille peut substituer pupillairement à ses enfants, soit qu'il les institue, soit qu'il les déshérite. —Lorsque le fils est institué héritier, le substitué pupillaire est considéré comme lui étant substitué vulgairement ; réciproquement, le substitué vulgaire est considéré comme substitué pupillairement, à moins que, dans l'un et l'autre cas, le testateur n'ait exprimé une volonté contraire. (L. 1, § 1 ; l. 4. ff. *de vulg. et pup.*, 28, 6).

D. Quels sont les biens qui sont dévolus au substitué pupillaire ?

R. Tous les biens acquis au pupille par succession, donation ou autrement, sont dévolus au substitué pupillaire. Cependant, lorsque la substitution est faite par le père adrogateur, elle n'a effet que pour les biens que le pupille a reçus de lui ou à son occasion (L. 10, § 6, ff. *h. t.*). Le surplus des biens de l'adrogé serait attribué à ses héritiers légitimes, ou au substitué que lui aurait donné son père naturel.

D. Le père peut-il substituer pupillairement à chacun de ses enfants ?

R. Le père peut substituer pupillairement à chacun de ses enfants, comme aussi ne substituer qu'au dernier qui mourra impubère. Dans le premier cas, aucun d'eux ne meurt sans testament ; dans le second cas, l'ordre des successions légitimes est conservé, et il n'y a que le dernier mourant qui ait un héritier testamentaire, lors toutefois qu'il meurt impubère.

D. Comment les substitués peuvent-ils être désignés ?

R. Ils peuvent être désignés nommément, par exemple en disant : *Titius, soyez héritier de mon fils :* ou généralement en disant : *Quiconque sera mon héritier sera celui de mon fils.* Dans ce dernier cas, l'hérédité pupillaire est déférée à ceux qui, institués héritiers du père, sont effectivement devenus tels ; elle leur est déférée, non par portions égales, comme elle le serait s'ils avaient été substitués nommément (L. *ult.*, C. *de impub. et al.* 6, 26), mais en raison des parts qu'ils auront recueillies dans l'hérédité paternelle (1).

(1) Si un esclave institué héritier du père, et substitué au fils, était devenu libre après avoir fait acquérir à son maître l'hérédité du père,

D. Comment s'évanouit la substitution pupillaire ?

R. Elle s'évanouit : 1o par la puberté de l'enfant ; parce qu'alors, pouvant tester par lui-même, il n'a plus besoin qu'on teste pour lui ; 2o lorsque le testament paternel se trouve infirmé de quelque manière, car la substitution pupillaire n'en est qu'une suite et un accessoire ; 3o lorsque l'enfant meurt avant le père, car alors il n'a jamais eu le droit d'avoir un testament ; 4o par toute diminution de tête arrivée au pupille, soit avant, soit après la mort du testateur, parce que, dans le premier cas, elle ôte au testateur la puissance paternelle et que, dans le second, le pupille qui a perdu le titre de citoyen ou de *sui juris* ne peut plus avoir de testament (1).

D. Un testateur pourrait-il, en instituant un étranger ou un fils pubère, faire une substitution qui, pour le cas où après être devenus héritiers, ils décéderaient dans un délai déterminé, leur donnerait à eux-mêmes un autre héritier ?

R. Non ; le testateur pourrait seulement obliger par fidéicommis l'étranger ou le fils pubère à remettre à un tiers tout ou partie de son hérédité. Mais il y a cette grande différence entre cette institution fidéicommissaire et la substitution pupillaire, qu'ici le testateur dispose, non de l'hérédité de l'institué, mais de sa propre hérédité, et que conséquemment, celui à qui la restitution doit être faite, n'étant point héritier de la personne grevée, n'a rien à prétendre sur les biens de cette dernière, et ne reçoit tout au plus que ce qu'elle a elle-même reçu du testateur.

D. Ne peut-on tester pour certains pubères ?

mais avant la mère de l'impubère, c'est lui, et non son ancien maître, qui serait appelé à la substitution ; car le bénéfice de la substitution, comme celui de toute institution, est personnel.

(1) Remarquez toutefois que, dans le cas où le pupille aurait été adrogé et serait mort impubère, ses biens doivent être rendus à ceux qui les auraient recueillis si l'adrogation n'avait pas eu lieu, et par conséquent à celui qui lui aurait été substitué pupillairement par son père naturel. Mais alors ce n'est pas directement en vertu de la substitution que le substitué agit, mais *utilement* en vertu de la stipulation par laquelle l'adrogeant a dû s'engager à rendre les biens de l'adrogé (v. liv. I, tit. XI) ; de même que les héritiers *ab intestat* de l'impubère n'agiraient pas comme héritiers proprement dits, parce qu'un fils de famille n'a régulièrement point d'hérédité, mais en vertu de la stipulation et par une action *utile* (L. 40, ff. *vulg. et pup.* 28, 6).

R. Oui ; Justinien (1) a permis aux ascendants de substituer aux pubères insensés pour le cas où ils décéderaient avant d'avoir recouvré la raison, comme on substitue au pupille, pour le cas où il mourrait avant d'avoir atteint la puberté. — Cette substitution se nomme *exemplaire* ou *quasi-pupillaire*.

D. Quelles différences existe-t-il entre la substitution pupillaire et la substitution exemplaire ?

R. Il y a deux différences. La première consiste en ce que la substitution exemplaire peut être faite, non seulement par le père de famille, mais par tout ascendant, soit paternel, soit maternel. La seconde se tire de ce que, dans la substitution exemplaire, on est obligé de prendre celui ou ceux qu'on substitue parmi un certain nombre de personnes (*certas personas*), c'est-à-dire parmi les enfants de l'insensé ; et s'il n'a pas d'enfants, parmi ses frères, le choix n'étant entièrement libre que lorsque l'insensé n'a ni enfants, ni frères, tandis que, dans la substitution pupillaire, le choix du testateur est toujours libre (2).

Titre XVII.—*De quelles manières les testaments sont infirmés.*

D. Un testament fait par celui qui en avait le droit et la faculté (tit. XII), avec les solennités requises (tit. X), et dans lequel on aurait observé de ne point omettre les héritiers siens (tit. XIII) et d'instituer un héritier capable (tit. XIV), produit-il toujours ses effets ?

R. Non : un pareil testament est valable dans l'origine

(1) Avant Justinien, il fallait une permission spéciale (L. 43, ff. *de vul. et pup.* 28, 6).

(2) On désigne quelquefois, comme troisième différence, l'impossibilité où serait le testateur de substituer exemplairement à celui qu'il aurait déshérité ; mais nous pensons, avec Vinnius et M. Ducaurroy, no 625, qu'en lisant la constitution de Justinien (L. 9, C. *de imp. et al. subst.*, 6, 26), on peut se convaincre que l'empereur n'impose pas une condition particulière à la substitution exemplaire, qu'il invite seulement le testateur à laisser la légitime à celui à qui il nomme un substitué, comme à tous les enfants, afin d'éviter la plainte que les enfants peuvent porter contre tout testament inofficieux pour le faire annuler (voy. tit. XVIII) ; car la substitution exemplaire, comme la substitution pupillaire, est subordonnée à la validité du testament de celui qui l'a faite.

(jure factum) ; mais il cesse de l'être quand il est rompu *(rumpatur)* et lorsqu'il devient inutile *(irritum)*.

D. Les mots *illégal (injustum)*, *rompu* et *inutile*, appliqués au testament, ne se prennent-ils pas les uns pour les autres ?

R. Ils se prennent quelquefois les uns pour les autres ; mais comme il vaut toujours mieux distinguer chaque chose par son nom particulier (§ 5), on dit que le testament est illégal ou irrégulier, quand il est nul dès le principe ; qu'il est *rompu*, lorsque, valable dans l'origine, il a été infirmé par une cause étrangère à l'état et à la capacité du testateur ; qu'il est devenu *inutile*, lorsqu'il est infirmé par un changement survenu dans l'état et les droits du testateur.

D. De quelles manières le testament est-il rompu ?

R. Le testament est rompu de trois manières : 1o par la survenance ou l'agnation de tout héritier sien qui n'aurait été ni institué, ni légalement déshérité (1) ; 2o par la confection d'un testament postérieur, susceptible de donner un héritier au testateur ; 3o par la révocation que le testateur en fait dans la forme légale, sans confectionner un nouveau testament.

D. Pourquoi dites-vous que le testament est rompu par la confection d'un testament postérieur *susceptible de donner un héritier au testateur ?*

R. Parce qu'il suffit que le second testament ait été régulièrement fait (2) et valable dans l'origine, pour que le premier soit infirmé. Si donc des causes postérieures à la confection du second testament l'empêchaient d'avoir son exécution ; si, par exemple, le nouvel institué refusait, s'il décédait avant le testateur, si la condition à laquelle l'institution était subordonnée ne se réalisait pas, dans tous ces

(1) Voy. p. 268 et suiv. Observez que la rupture du testament, par l'introduction dans la famille d'un enfant adoptif, ne peut pas être prévenue par une exhérédation, à moins que l'adopté ne soit un enfant antérieurement émancipé, qui, au lieu d'entrer dans une famille nouvelle, rentre dans sa famille primitive (L. 25, ff. *de lib. et posth.*, 28, 2) ; mais elle peut l'être par une institution ; car, si on ne peut pas ôter à un étranger le titre d'héritier qu'il n'a pas, on ne peut le lui conférer par testament.

(2) C'est-à-dire de la manière requise pour chaque espèce de testament ; car le testament militaire, dispensé de toutes solennités, n'en romprait pas moins tout testament antérieur.

cas, le père de famille décéderait intestat ; car son premier testament aurait été rompu au premier moment de l'existence du second, et le second ne lui donnerait pas d'héritier.

D. Le second testament détruit-il le premier, sans qu'il soit besoin d'une révocation expresse ?

R. Oui ; on ne peut pas mourir avec deux testaments, parce que tout testament doit contenir une institution d'héritier, et qu'une institution d'héritier, renfermant la disposition de l'ensemble des droits d'une personne, ne peut pas plus être faite deux fois, qu'on ne peut donner deux fois la même chose en totalité. Or, comme la volonté du testateur est variable jusqu'à sa mort, en cas de concours entre deux testaments, le dernier détruit nécessairement l'autre.

D. Quid, si le testament postérieur confirme expressément le premier ?

R. Comme il est absolument impossible que le même individu ait deux testaments, le premier n'en est pas moins rompu. Cependant, pour donner à la volonté du testateur l'effet dont elle est susceptible, on regarde le premier comme un codicille (1), et la confirmation insérée dans le second est considérée comme un fidéicommis qui oblige l'héritier à restituer l'hérédité aux premiers institués, sauf la déduction du quart que tout hérétier grevé d'un fidéicommis est autorisé à faire, d'après l'extension donnée à la loi Falcidie (voy. tit. XXV).

D. Le premier testament est-il infirmé lorsque, dans le second, le testateur a restreint l'institution à un objet particulier ?

R. Oui, parce qu'il est de principe que, dans cette institution, la mention d'un objet particulier est réputée non écrite.

D. Un second testament imparfait pourrait-il révoquer le premier ?

R. Non, lors même que ce testament imparfait serait un indice certain d'un changement de volonté, parce que la volonté contraire ne suffit point pour détruire une institution

(1) Nous verrons au tit. XXV, *des codicilles*, que l'existence d'un codicille est compatible avec celle d'un testament.

d'héritier ; il faut que la révocation soit faite dans la forme légale (1).

D. Comment le testateur peut-il révoquer son testament sans en faire un second ?

R. Il peut le faire en déchirant son testament, ou en le détruisant de quelque manière que ce soit, dans le dessein de mourir intestat (voy. au Digeste, le tit. *de his quæ in test. dol.*). Il peut le faire encore en déclarant son changement de volonté par acte public, ou devant trois témoins. Le testament n'est pourtant pas révoqué de suite et par le seul effet de cette déclaration, mais seulement lorsqu'il s'est écoulé dix ans depuis sa confection (L. 27, C. *de testam.* 6, 23).

D. Dans quel cas un testament devient-il inutile *(irritum)* ?

R. Lorsque le testateur vient à éprouver une diminution de tête *(capite diminutus sit)*.

D. Si le testateur reprend son premier état avant de mourir, le testament reprend-il aussi sa première force ?

R. Non, d'après le droit civil (2) ; mais pourvu que le testament ait été revêtu des cachets de sept témoins, le préteur accorde aux institués la possession de biens *secundum tabulas*, lorsque le testateur a eu faction de testament à

(1) C'est ce que le sénat a décidé, en confirmant une proposition de Pertinax (*divi Pertinacis oratione*). Dans le même sénatus-consulte, Pertinax a déclaré : 1o qu'il n'accepterait pas l'hérédité qui lui serait déférée (*litis causa*) en haine des personnes avec lesquelles le testateur avait des contestations, et pour leur opposer un adversaire redoutable ; 2o qu'il ne validerait pas les testaments dans lesquels on l'aurait institué héritier à cause de leur nullité ; 3o qu'il n'accepterait pas la qualité d'héritier si elle lui avait été donnée dans de simples propos (*ex nuda voce*), ou même par un écrit non revêtu des formes légales. Car, dit l'empereur, quoique nous soyons au-dessus des lois, nous nous y soumettons volontairement.

(2) En effet, le testateur qui change d'état, par exemple, qui cesse d'être *sui juris*, et entre dans une autre famille par adrogation, perd son ancienne personne, son ancien patrimoine. S'il redevient *sui juris*, il y a une personne nouvelle, un patrimoine nouveau auquel son ancien testament ne peut pas s'appliquer dans les principes du droit civil. Voy. toutefois ce que nous avons dit, liv. II, tit. XI, sur l'effet du *post-liminium* pour les citoyens pris par l'ennemi, et tit. X sur les privilèges accordés aux militaires.

l'époque de la confection et à celle de la mort, sans égard au temps intermédiaire (1).

TITRE XVIII.—*Du testament inofficieux.*

D. Qu'entend-on par testament inofficieux ?

R. On qualifie d'inofficieux, en général, un acte contraire à cette espèce de devoir que l'affection, le sang, la reconnaissance, imposent à certaines personnes, et que les Romains désignaient par le mot *officium*. Le testament inofficieux est donc celui qui, conforme aux règles du droit, ne blesse que les devoirs qu'impose la nature *(recte quidem factum, non autem ex officio pietatis)*.

D. Quel moyen a-t-on accordé aux enfants pour qu'un testament inofficieux ne les privât pas de l'hérédité à laquelle l'affection naturelle aurait dû les faire appeler ?

R. Les prudents, pour éviter les abus du pouvoir indéfini que la loi des Douze Tables accordait au testateur dans le choix de ses héritiers, supposèrent que le père de famille, en déshéritant, et tout autre ascendant, en omettant sans motif légitime leurs descendants, ne pouvaient être sains d'esprit, et, sous ce prétexte *(hoc colore)*, ils introduisirent dans l'usage la plainte ou l'action de testament inofficieux, par laquelle les enfants peuvent réclamer l'hérédité contre les institués (2) en faisant casser le testament qui les exhérède ou les omet injustement.

D. Pourquoi dites-vous *sous le prétexte* ?

R. C'est que ce n'est véritablement qu'un prétexte pour faire casser un testament valable ; car s'il y avait eu une

(1) Nous avons vu liv. II, tit. XIII, que le préteur donnait aussi aux institués la possession de biens, lorsque le posthume ou le quasi-posthume, dont l'agnation avait rompu le testament, venait à mourir avant le testateur.

(2) La plainte d'inofficiosité est donc une action par laquelle on veut se faire reconnaître héritier (légitime) : c'est donc une espèce particulière de *pétition d'hérédité*. Voy. en effet *Vinnius* sur ce titre, et *Selec. quæst.*, lib. I, cap. XIX ; *Pothier*, *Pand. Just.*, V. 11, 19 ; M. *Ducaurroy*, n° 643.—C'était devant les centumvirs que se portait l'action contre le testament inofficieux, comme toutes les autres actions en pétition d'hérédité.—L'action se donne non seulement contre l'institué, mais aussi contre les fidéicommissaires et autres possesseurs (L. 1 et 10, C. *de inoff. test.* 3, 28).

véritable folie, le testament aurait été nul dès le principe.

D. A quelles personnes est accordée la plainte d'inofficiosité ?

R. Elle n'est évidemment accordée qu'aux personnes appelées à l'hérédité *ab intestat*, et dans l'ordre où elles y sont appelées ; car celles-là seules ont intérêt à faire rescinder le testament. Mais elle ne se donne pas à toutes ces personnes indistinctement : elle se donne bien à tous les descendants, soumis ou non à la puissance du testateur, naturels ou adoptifs (1) ; mais à défaut d'enfants, elle ne se donne qu'aux ascendants, et, après eux, aux frères et sœurs du testateur.

D. La plainte se donne-t-elle à tous les frères et sœurs du testateur ?

R. Elle ne se donnait d'abord qu'aux frères et sœurs agnats du testateur : ce qui excluait non-seulement les frères utérins, mais encore les frères et sœurs consanguins qui n'étaient pas agnats. Justinien l'a accordée à tous les frères consanguins sans distinction ; ce n'est que plus tard, et depuis la novelle 118, qui a supprimé toute différence entre les parents paternels et les parents maternels, que les utérins eux-mêmes ont pu se plaindre du testament inofficieux.

D. La plainte d'inofficiosité se donne-t-elle contre tout institué ?

R. Elle se donne contre tout institué aux parents en ligne directe ; mais elle ne se donne aux frères et sœurs que contre les institués dont le choix n'est pas honorable *(turpibus personis scriptis hæredibus)*

D. La plainte d'inofficiosité est-elle accordée lorsqu'il existe pour celui qui voudrait l'exercer un autre moyen d'obtenir tout ou partie de la succession ?

R. Non ; la plainte d'inofficiosité est une voie extraordinaire à laquelle on ne doit recourir qu'à défaut de toute autre. Ainsi elle n'est point accordée au pupille adrogé et ensuite exhérédé par l'adrogeant, parce qu'il a précisément, pour ce cas, la quarte *antonine* (voy. livre I, tit. XI). Ainsi encore, elle n'est point donnée au fils émancipé qui a été

(1) Si l'on excepte, toutefois, depuis Justinien, le fils de famille adopté par un étranger ; il n'a aucune plainte contre le testament de l'adoptant, quoiqu'il soit appelé à lui succéder *ab intestat.* (voy. liv. I, tit. X).

omis dans le testament paternel, parce que le droit prétorien lui accorde la possession de biens *contra tabulas* (voy. liv. I, tit. XII).

D. Pouvait-on quelquefois, avant Justinien, attaquer comme inofficieux un testament dans lequel on avait été institué ?

R. Oui, on le pouvait lorsqu'on n'était pas institué pour le quart de ce qu'on aurait eu *ab intestat* ; à moins que le testateur n'eût expressément ordonné de fournir le complément du quart, auquel cas on n'avait qu'une action personnelle en supplément (1). Mais réciproquement on n'avait aucune plainte à former lorsqu'on avait reçu du testateur cette portion de biens, même à tout autre titre que celui d'héritier, par exemple à titre de légataire.

D. Quelle innovation fut introduite par Justinien ?

R. Cet empereur voulut que, par respect pour le testateur, celui qui aurait reçu une part quelconque, soit à titre d'héritier, soit à titre de legs, de fidéicommis ou de donation à cause de mort, ne pût intenter la plainte d'inofficiosité, et qu'il n'eût qu'une simple action en supplément, quand même le testateur n'aurait pas ordonné expressément de compléter le quart.

D. Comment se fournit ce supplément ?

R. Il se fournit *boni viri arbitratu*, c'est-à-dire d'après l'estimation des biens faite par un homme d'une probité reconnue, et jusqu'à concurrence du quart de la portion héréditaire que chacun aurait *ab intestat* (2). Ce quart est appelé *portion légitime*, ou simplement *légitime* ; celui qui y a droit est appelé *légitimaire*.

D. Impute-t-on sur a égitime ce qui a été donné entre-vifs ?

(1) L'action en supplément est une action personnelle, perpétuelle, transmissible aux héritiers, et qui laisse subsister le testament. La plainte d'inofficiosité est une action réelle (c'est une espèce de pétition d'hérédité), de courte durée, non transmissible aux héritiers, et par suite de laquelle le testament est rescindé en entier.

(2) Ce qui, par rapport au testateur, forme en somme le quart de tous ses biens à partager entre les légitimaires, quel qu'en soit le nombre, au *prorata* de ce que chacun prendrait si l'hérédité leur avait été déférée tout entière (§ 6).

R. Non, du moins en général, et sauf quelques exceptions établies par une constitution à laquelle Justinien nous renvoie (§ 6). En effet, pour être privé de la plainte d'inofficiosité, il faut avoir reçu le quart de ce qu'on aurait eu sans le testament ; or, les biens qui ont été donnés entre-vifs ne se trouvent plus dans la succession du donateur ; ils ne peuvent donc pas être compris dans la masse de ceux sur lesquels les héritiers légitimes auraient eu droit.

D. Comment s'éteint la plainte d'inofficiosité ?

R. Cette action, étant fondée sur une sorte d'injure que les légitimaires prétendent avoir reçue du testateur qui les a déshérités ou omis, s'éteint comme toute les actions d'injures (voy. liv. IV, tit. XII) : 1o lorsque le légitimaire décède sans avoir formé et sans avoir manifesté l'intention de former aucune réclamation (1) ; 2o lorsqu'il a laissé passer un délai suffisant pour faire présumer une renonciation tacite : ce délai, fixé d'abord à deux ans, a été prolongé jusqu'à cinq ; 3o lorsqu'il approuve directement ou indirectement le testament : par exemple, en contractant avec les institués, en leur qualité d'héritiers, ou en demandant volontairement, comme avocat ou comme mandataire, l'exécution d'un legs, comme les héritiers institués.

D. Le tuteur qui, déshérité dans le testament de son père, reçoit, au nom du pupille le legs fait à ce dernier, est-il privé de la plainte d'inofficiosité ?

R. Non ; le tuteur peut encore attaquer en son nom personnel le testament inofficieux à son égard, parce qu'à la différence de l'avocat et du mandataire, il remplit un devoir forcé, en demandant et en recevant le legs fait au pupille.

D. Quelle est la peine encourue par celui qui intente mal à propos la plainte d'inofficiosité ?

R. Il est privé de tout ce que le testateur lui a laissé.

D. Le tuteur qui, en cette qualité, intente la plainte contre un testament inofficieux à l'égard du pupille, perd-il le legs qui lui est fait dans ce même testament ?

R. Non : lors même que la plainte est rejetée, le tuteur peut demander la délivrance de son legs. On ne devait pas

(1) Ce n'est que dans le cas contraire que l'action d'inofficiosité passe aux héritiers du légitimaire.

le punir de ce qu'il avait fait ce que son devoir semblait lui prescrire.

APPENDICE.

D. Après la promulgation des Institutes, et par ses Novelles, Justinien n'a-t-il pas introduit des modifications importances sur cette matière ?

R. Oui, Justinien a d'abord porté la légitime à la moitié de la succession, lorsque les légitimaires seraient plus de quatre, et au tiers dans le cas contraire (Nov. 118, cap. I).

Il a voulu ensuite que la légitime ne pût être laissée aux enfants et descendants à d'autre titre qu'à celui d'héritier, et qu'ils fussent toujours institués, ne fût-ce que pour un objet particulier, et sauf, en cas d'insuffisance, l'action en supplément de légitime (1). Enfin il a spécifié et fixé les causes, auparavant indéterminées, qui autoriseraient le testateur à déshériter ou à omettre justement ses descendants ou ses ascendants (2) ; et il a exigé que la preuve en fût à la charge de l'institué (3). A défaut de ces conditions le testament peut être rescindé (4), non pas en totalité, comme dans l'ancien droit, mais seulement quant à l'institution d'héritier, les legs et autres dispositions restant valables.

(1) Dans l'ancien droit, quoique l'action d'inofficiosité tendît à la rescision du testament tout entier, elle était fondée, non sur la privation du titre d'héritier, mais sur la privation imméritée d'une portion déterminée dans les biens du testateur (*Vinnius ad* § 3).

(2) Ces causes sont au nombre de quatorze, dont huit seulement sont applicables aux ascendants. — La novelle 115, qui les règle, ne paraît susceptible d'aucune application aux frères et sœurs ; il n'existe pour eux aucune innovation, si ce n'est dans la novelle 22 (cap. XL), où Justinien détermine trois causes qui rendent les frères et sœurs indignes de succéder l'un à l'autre (voy. M. *Ducaurroy*, n° 659).

(3) Dans l'ancien droit, c'était à celui qui intentait la plainte à prouver qu'il avait été déshérité ou omis injustement.

(4) La rescision doit donc en être demandée dans le délai et suivant les formes prescrites, faute de quoi le testament conserverait ses effets. Telle est du moins l'opinion d'un grand nombre de commentateurs distingués (voy. M. *Ducaurroy*, n° 658). Mais plusieurs interprètes pensent que le testament est nul dès le principe, comme il l'était dans l'ancien droit, faute d'exhérédation ou d'institution d'un héritier sien (voy. A. *Cralle*, *Comment*, p. 25).

TITRE XIX.—*De la qualité des héritiers, et de leur différence.*

D. Les institués acquièrent-ils tous de la même manière l'hérédité qui leur est déférée ?

R. Non ; on distingue à cet égard trois sortes d'héritiers institués : les héritiers *nécessaires*, les héritiers siens *et nécessaires*, et les *héritiers externes* ou *étrangers*.

D. Quels sont les héritiers nécessaires ?

R. Ce sont les esclaves institués par leur maître, et à qui le testament confère en même temps la liberté et l'hérédité (1). On les appelle héritiers nécessaires, parce qu'ils deviennent héritiers bon gré, mal gré, sans acceptation, aussitôt que l'hérédité est ouverte, c'est-à-dire à la mort du testateur, lorsque l'institution est pure et simple, et à l'événement de la condition, lorsque l'institution est conditionnelle.

D. Les héritiers nécessaires étaient donc exposés malgré eux aux poursuites des créanciers du défunt ?

R. Oui (voy. liv. I, tit. VI) ; car l'héritier est tenu de toutes les dettes du défunt, même sur ses biens personnels. Cependant le prêteur, dérogeant à la rigueur du droit civil, accorde le bénéfice de *séparation de biens* à l'héritier nécessaire qui le demande avant de toucher aux biens héréditaires. Par l'effet de cette séparation, les poursuites des créanciers sont restreintes à la valeur des biens existant dans la succession, et l'héritier nécessaire conserve hors de leur

(1) Pour cela, il fallait que l'esclave appartînt au testateur à deux époques : celle de la confection du testament, et celle de l'ouverture de l'hérédité (§ 4). Du reste, on ne considérait pas ce que l'esclave était devenu dans l'intervalle de l'une à l'autre époque. Si l'esclave avait été affranchi avant la mort du testateur, il n'était plus son héritier nécessaire, mais volontaire et externe (voy. liv. II, tit. XIII. — Lorsque l'esclave était institué conditionnellement et affranchi purement et simplement, on différait la liberté tant que la condition apposée à l'institution n'était pas accomplie ou défaillie, afin que, dans le premier cas, l'esclave recevant en même temps la liberté et l'hérédité, devînt héritier nécessaire. Réciproquement, et toujours pour favoriser, dans l'intérêt du testateur, l'existence d'un héritier nécessaire, lorsque l'institution était pure et simple et l'affranchissement conditionnel, l'effet de l'institution était suspendu jusqu'à l'acquisition de la liberté (voy. M. *Ducaurroy*, nº 660).

atteinte les acquisitions qui lui sont personnelles, et même tout ce qui lui était dû par le défunt (1).

D. Quels sont les héritiers siens et nécessaires ?

R. Les héritiers siens et nécessaires sont ceux qui étaient, à l'époque du décès, sous la puissance paternelle de celui à qui ils succèdent soit *ab intestat*, soit par suite d'une institution testamentaire.—On les appelle héritiers *siens*, parce que les fils de famille, du moins ceux qui sont placés sous la puissance immédiate du *pater familias*, sont considérés, même du vivant de celui-ci, comme copropriétaires des biens de la famille *(viro quoque patre quodammodo domini existimantur*, § 2) ; en sorte qu'en devenant héritiers du père de famille, ils succèdent, pour ainsi dire, à des biens qui leur appartiennent déjà, et deviennent ainsi leurs propres héritiers, ou plutôt héritiers en vertu de leurs propres droits *(sui hæredes)* (2).—On les appelle héritiers *nécessaires*, parce

(1) Ce n'est pas seulement à l'héritier nécessaire que le droit prétorien accorde la *séparation de biens :* on l'accorde aussi et principalement aux créanciers d'une hérédité qui, lorsque l'héritier est insolvable, ont intérêt à ce que les biens du défunt ne se confondent pas avec ceux de cet héritier.

(2) Nous adoptons ici une interprétation des mots *sui hæredes* qui est donnée par M. Ortolan, t. I, p, 624, et qui nous semble conforme, tout à la fois, aux explications mêmes fournies par le texte, d'après Gaius, 2, 157, et au sens grammatical et juridique des termes. Cette interprétation n'est pas celle de la plupart des commentateurs, notamment de M. Ducaurroy, nº 644, qui considère le titre de *suus* comme indiquant la relation de dépendance où se trouve le fils de famille, et comme appartenant indistinctement à tous les enfants soumis à la puissance du père de famille. Suivant ces commentateurs, tous les enfants soumis à la puissance du *pater familias* sont *sui ;* ils deviennent *hæredes* quand ils lui succèdent, soit par l'effet d'une institution testamentaire, soit *ab intestat*, par leur rang dans la famille. Le texte résiste à cette explication, puisqu'il déclare, ce que reconnaissent d'ailleurs les auteurs de cette explication, que les enfants soumis à la puissance immédiate du père de famille sont *hæredes* ou *domini* (car les deux expressions sont synonymes) du vivant même du père de famille. Voici, au surplus, comment s'exprime à ce sujet M. Ortolan : " Il faut bien se garder de croire que *suus* se rapporte au testateur et indique que ses enfants héritiers étaient *siens*, c'est-à-dire lui appartenaient, étaient en sa puissance : s'il en eût été ainsi, il aurait fallu appeler également héritiers siens et nécessaires les esclaves institués par leur maître, car ils étaient bien *siens*, ils lui appartenaient bien ; et pourtant ils n'avaient que la qualité d'*héritiers nécessaires*, et non pas celle d'*héritiers siens*. C'est que *suus* se rapporte, non pas au testateur, mais aux héritiers eux-mêmes ; ce mot indique que ces

qu'à raison de la puissance que le défunt avait sur eux (1), ils deviennent héritiers, comme tous les esclaves, indépendamment de toute volonté, du moins d'après le droit civil.

D. En est-il donc différemment d'après le droit prétorien ?

derniers sont leurs propres héritiers (*sui hæredes*), se succèdent en quelque sorte à eux-mêmes. En effet, tous les membres de la famille formaient en quelque sorte un seul être collectif quant à la propriété des biens de la famille, chacun des membres était en quelque sorte partie dans cette propriété, copropriétaire avec le chef ; lors donc que le chef venait à mourir, les membres de la famille qui lui succédaient se succédaient en quelque sorte à eux-mêmes prenaient leur propre hérédité, étaient leurs propres héritiers d'eux-mêmes (*hæredes sui*). Telle est la seule explication que donne le texte, et la seule qui soit vraie. On voit par là pourquoi les esclaves, étant étrangers à la propriété de famille, n'étaient pas héritiers siens, mais seulement héritiers nécessaires, bien qu'ils fussent la chose du testateur ; on voit également pourquoi tout membre de la famille, qu'il fût sous la puissance médiate ou immédiate du chef, pourvu qu'il y fût, étant en partie dans la copropriété de famille, était héritier de lui-même, héritier sien (*hæres suus*), du moment qu'il était appelé à recueillir ce patrimoine domestique, soit par son rang *ab intestat*, soit par l'institution du chef." Nous n'approuvons cette doctrine qu'avec quelque réserve ; la dernière proposition nous paraît contestable. Il ne nous est nullement démontré qu'on puisse donner le titre d'héritier sien au petit-fils dont le père est encore dans la famille, lorsqu'il est institué héritier par l'aïeul. Au décès de l'aïeul, ce petit-fils acquiert bien l'hérédité sans qu'il soit besoin d'adition, sans aucun acte de sa volonté, et, sous ce rapport, il est héritier nécessaire ; mais il n'acquiert pas pour lui-même, puisqu'il est soumis à la puissance de son père, c'est pour son père qu'il acquiert, et c'est son père qu'il rend héritier sien et nécessaire (*patrem enim suum sine aditione facit hæredem, et quidem necessarium*, dit la loi 6, § 5. D. *acq. hæred.*), parce que c'était son père, et non pas lui, qui, du vivant de l'aïeul, était copropriétaire du patrimoine. Je crois donc que, comme le texte le déclare expressément, le titre d'héritier sien n'appartenait qu'à l'enfant soumis à la puissance immédiate du chef de famille ; qu'il ne peut appartenir au petit-fils qu'autant que, par le prédécès ou la diminution de tête de son père, il a pris la place de celui-ci dans la famille, et a ainsi acquis les droits de copropriété que son père avait dans le patrimoine familial ; *Sed ut nepos neptisve sui hæredes sint, non sufficit eum in potestate avi mortis tempore fuisse ; sed opus est ut pater ejus vivo patre suo desierit suus hæres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus potestate : tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit*, § 2.

(1) C'est la puissance du testateur qui rend les héritiers *necessaires :* aussi le père de famille peut, par une substitution pupillaire, donner pour héritier nécessaire à son fils celui qu'il pourrait instituer son héritier nécessaire à lui-même, *e. g.*, son esclave ou le frère de celui à qui il substitue (L. 10, § 1, D. *de vulg. et pulp.* 28, 6).

R. Oui ; le préteur ne considère les enfants comme héritiers que lorsqu'il se sont immiscés dans les biens du défunt ; et jusque-là, il refuse toute action aux créanciers héréditaires contre les héritiers siens qui s'abstiennent.

D. En quoi le bénéfice d'*abstention* diffère-t-il du bénéfice de *séparation de biens* accordé à l'esclave ?

R. Il en diffère essentiellement en ce que le bénéfice de séparation de biens doit être demandé par l'esclave institué, et ne l'empêche pas d'être exposé aux poursuites des créanciers héréditaires jusqu'à concurrence des valeurs laissées par le patron, tandis que le bénéfice d'abstention préserve de toute action l'héritier qui abandonne l'hérédité paternelle, sans qu'il ait besoin de le demander, et par cela seul qu'il ne s'est point immiscé dans les affaires héréditaires après l'âge de puberté (1).

D. Quels sont les héritiers externes ou étrangers ?

R. Ce sont ceux qui ne sont pas sous la puissance du testateur. Ainsi, les enfants eux-mêmes du testateur, lorsqu'ils ne sont pas sous sa puissance et qu'ils sont par lui institués, sont des héritiers externes. On range dans la même classe les enfants institués par leur mère, parce que les femmes n'ont aucune puissance sur leurs enfants ; on y range aussi l'esclave institué par son maître, mais devenu libre ou passé sous une autre puissance avant l'ouverture de l'hérédité.

D. Les institués externes deviennent-ils héritiers de plein droit et malgré eux ?

R. Non ; bien que l'hérédité leur soit *déférée* ou soit ouverte pour eux à la mort du testateur, si l'institution est pure et simple et, à l'événement de la condition, si l'institution est conditionnelle, elle ne leur est *acquise* que par un acte de leur volonté ; aussi les appelle-t-on héritiers volontaires.

D. Les externes institués sont-ils toujours capables d'acquérir l'hérédité ?

R. Non ; il faut pour cela que le testateur ait faction de testament avec eux, c'est-à-dire qu'il soit capables, sinon de tester, au moins de recueillir, soit pour eux-mêmes, soit pour

(1) L'impubère conserve, même s'il est immiscé, le droit de s'abstenir (L. 21, ff. *de auct. tut.* 26, 8.)

le père ou le maître dont ils dépendent le bénéfice des dispositions d'autrui (1).

D. A quelles époque cette faction de testament doit-elle exister ?

D. A trois époques : 1o à celle de la confection du testament (2) ; 2o à celle où l'héridité est ouverte ou déférée (c'est-à-dire, comme nous l'avons déjà dit, à l'époque de la mort du testateur, si l'institution est pure et simple, et, dans le cas contraire à l'événement de la condition) ; 3o à l'époque de l'adition d'hérédité.

D. Est-il nécessaire que l'institué ait conservé la capacité de recueillir dans l'intervalle de l'une à l'autre de ces époques ?

R. L'institué qui perd momentanément sa capacité, dans l'intervalle de la première à la seconde époque, la perd impunément ; mais il en est différemment de l'institué qui la perd entre la seconde et la troisième époque ; celui-ci la recouvrerait en vain.

D. Comment les institués externes acquièrent-ils l'hérédité qui leur est déférée ?

(1) C'est ce que les commentateurs ont appelé avoir la faction *passive* de testament par opposition à la faction active, qui rend habile à tester, mais cette locution n'est point conforme aux textes (v y. *Vinnius* § 4).

(2) Plusieurs commentateurs ont soutenu que la faction de testament n'était pas nécessaire à l'époque de la confection du testament, lorsque l'institution était conditionnelle. " La faction de testament, disaient-ils, n'est exigée à l'époque de la confection qu'en vertu de la règle catonienne, d'après laquelle le testament qui aurait été nul si le testateur fût mort immédiatement après l'avoir fait, n'est jamais valable ; or, cette règle ne s'applique jamais aux institutions conditionnelles (L. 1 et 4. ff. *de reg. cat.* 34, 7)." Il nous semble que M. Ducaurroy, no 671, a détruit ce raisonnement dans sa base, en faisant observer que le texte (§ 4), qui exige positivement la capacité au moment de la confection du testament *ut constiterit institutio*, ne l'exige pas uniquement à cause de la règle catonienne.—La règle catonienne, ainsi appelée du nom de son auteur, établit ce principe que pour la validité du testament et de ses dispositions, il faut que le testateur ait eu la possibilité de disposer de ses biens comme il l'a fait, au moment même où il faisait ces dispositions, de telle sorte qu'elles eussent été valables, s'il fût mort au moment où il les faisait (*Catonia regula sic definit : Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere.— L.* 1, pr., D. *de reg. cat.* 34, 7.

R. Ils l'acquièrent par cela seul qu'ils ont la volonté de l'acquérir, et soit que cette volonté se manifeste par une déclaration expresse *(verbis)*, soit qu'elle se manifeste tacitement par les faits *(re)*. C'est ce qu'on appelle faire *acte d'héritier* ou *adition* d'hérédité (1).

D. Quand la volonté de devenir héritier est-elle manifestée par des faits ?

R. Lorsque l'institué agit comme héritier, c'est-à-dire comme maître et propriétaire des biens du défunt *(veteres enim hæredes pro dominis appellabant)*, comme lorsqu'il vend ou loue un objet héréditaire (2).

D. Le sourd-muet peut-il faire adition d'hérédité ?

R. Oui ; il peut faire adition en manifestant sa volonté par des actes ; il suffit qu'il comprenne ce qu'il fait.

D. L'adition d'hérédité peut-elle être faite par procureur ?

R. En règle générale, l'adition d'hérédité ne peut être faite que par ceux qui sont personnellement appelés à l'hérédité. Ainsi l'adition ne peut être faite ni par le procureur, ni par le curateur, ni par le tuteur, ni par le père de famille, ou le maître de l'héritier, soit institué, soit légitime (3). Par la même raison, l'institué externe qui décède avant d'avoir accepté l'hérédité, ne transmet point à ses propres héritiers le droit de l'acquérir (4).

(1) Quoique ces expressions se prennent souvent l'une pour l'autre (L. 88, ff. *de acquir. vel omitt.*, 29, 2), faire acte d'héritier se dit plus particulièrement de l'intention de devenir héritier, manifestée par des actions ; faire adition, de cette intention manifestée par des paroles. Le mot *adition* vient de *ire ad hæreditatem.*

(2) Remarquez que c'est toujours l'intention d'être héritier qui fait acquérir l'hérédité, et que les actions n'ont jamais cet effet sans l'intention. Aussi, on vendrait ou on louerait un objet héréditaire sans devenir héritier, si la vente ou la location était faite par erreur, ou pour pourvoir provisoirement à l'administration des biens (L. 20, pr. et § 1, ff. *de acquir. vel omitt.* 29, 2).

(3) Mais il y a des exceptions pour certains cas ; par exemple, on a permis au père d'accepter l'hérédité déférée au fils de famille absent ou *infans*, au tuteur d'accepter celle déférée au pupille encore dans l'enfance (voy. liv. I, tit. XXI).

(4) Ce principe avait aussi reçu des exceptions. Ainsi, d'après une constitution de Théodose, les descendants institués par un ascendant à la puissance duquel ils n'étaient pas soumis, transmettaient à leur

D. L'adition ne doit-elle pas être faite en connaissance des circonstances dans lesquelles l'hérédité a été déférée ?

R. Oui. Celui qui fait adition doit savoir si la personne dont il se porte héritier est morte, si la condition apposée à l'institution est accomplie, comment il est appelé à l'hérédité : si c'est *ab intestat* ou par testament (§ 7).

D. Peut-on acquérir une hérédité pour partie seulement ?

R. Non, il faut l'accepter ou la répudier pour le tout, et celui qui en accepte une partie est censé l'accepter pour le tout (1).—L'acceptation ne peut être faite sous condition ou pour un certain temps.

D. Quels sont les effets de l'adition d'hérédité ?

R. L'héritier qui accepte est substitué à tous les droits du défunt, et continue sa personne. Il acquiert la propriété des biens héréditaires et de leurs accroissements (2), comme aussi il est soumis aux charges de la succession, savoir, pour le tout, s'il est seul, et pour sa part héréditaire seulement, s'il a un ou plusieurs cohéritiers, mais sans égard à l'émolument que peut offrir l'hérédité.

D. Comment l'institué externe répudie-t-il l'hérédité qui lui est déférée ?

R. La simple volonté, qui suffit pour l'acceptation, suffit également pour la répudiation de l'hérédité. L'héritier qui a refusé la succession ne peut plus y revenir, à moins qu'il ne soit mineur de vingt-cinq ans, auquel cas il peut obtenir du préteur la restitution en entier, ou que l'hérédité ne lui soit déférée à un autre titre : ainsi, après avoir répudié l'hérédité

propre postérité la part qui leur était destinée, lorsqu'ils venaient à mourir avant l'ouverture du testament. Justinien a voulu que les descendants qui mouraient dans l'année accordée pour délibérer, pussent transmettre leur droit à tous les héritiers indistinctement.

(1) Même pour les parts qui viennent se réunir à la sienne par la renonciation ou l'incapacité d'un de ses cohéritiers. Chaque héritier est en effet censé appelé à toute l'hérédité, et ce n'est que par la force du concours qu'elle peut se diviser.

(2) De telle sorte qu'il semble que l'héritier ait acquis l'hérédité dès l'instant du décès. Aussi, sous certains rapports, représente-t-il le défunt comme s'il avait succédé immédiatement et sans intervalle. Mais, sous d'autres rapports, le défunt est réputé avoir vécu durant le délai qui sépare la mort de l'adition (v. p. 278 et 283).

comme institué, on pourrait l'accepter comme substitué ou comme héritier légitime.

D. Peut-on revenir contre une acceptation ?

R. Non, à moins qu'on ne soit mineur de vingt-cinq ans. Cependant Adrien avait relevé de son acceptation un majeur qui, après l'adition, avait découvert des dettes considérables, et, plus tard, Gordien a fait de cette exception individuelle un bénéfice général pour les militaires.

D. Y a-t-il un délai déterminé pour appréhender ou répudier l'hérédité ?

R. Dans l'ancien droit, à moins que l'institution n'eût été faite avec *crétion* (1), l'institué pouvait prendre pour se décider le temps qu'il voulait. Cependant, sur la demande des parties intéressées, telles que des créanciers, des légataires, des substitués, le préteur limitait le temps donné à l'héritier pour délibérer (2).

D. Justinien n'a-t-il pas introduit, en faveur des héritiers, une importante innovation qui peut les dispenser de demander un délai pour délibérer ?

R. Justinien a introduit le *bénéfice d'inventaire*, en vertu duquel l'héritier peut appréhender l'hérédité sans être tenu des charges au delà de la valeur des biens, et sans confondre ses droits avec ceux du défunt, pourvu qu'avant de s'immiscer il ait eu soin de dresser inventaire dans les délais et suivant les formes prescrites par l'empereur.

Justinien déclare qu'au moyen de cette précaution, on

(1) On disait qu'une institution était faite avec crétion, lorsque le testateur avait lui-même fixé un délai dans lequel l'institué devait déclarer en termes exprès et solennels la volonté d'accepter l'hérédité. Si cette déclaration solennelle n'avait pas été faite avant l'expiration du délai désigné, l'institué était exclu (*Gaius*, 2. 164). — La *cretio*, ajoutée à une institution, avait été imaginée pour fixer le délai dans lequel l'héritier serait tenu de faire adition, et pour empêcher ainsi que l'hérédité restât indéfiniment incertaine. Depuis que les préteurs eurent établi un délai pour délibérer, la crétion dut tomber en désuétude ; elle fut expressément supprimée par une constitution d'Arcadius, Honorius et Théodose.

(2) Les héritiers siens conservaient la faculté de prendre, tant que la vente n'en avait pas été faite, les biens dont ils s'étaient d'abord abstenus, et ils pouvaient obtenir, pour délibérer, un délai pendant lequel il était sursis à la vente (L. 9, ff. *de jur. del.* 29, 2).

peut accepter toute succession sans hésiter. Cependant il continue de permettre aux héritiers de demander un délai pour délibérer ; mais alors l'héritier qui délibère ne peut point jouir du bénéfice d'inventaire ; et, pour se soustraire aux charges de la succession, il est obligé de la répudier expressément avant l'expiration du délai, qui n'est que de neuf mois quand il est accordé par les magistrats, et d'un an quand il est accordé par le prince lui-même.

TITRE XX.—*Des legs* (1).

D. Qu'est-ce qu'un legs ?

R. Les anciens définissaient le legs une espèce de donation laissée par testament et mise à la charge de l'héritier.—Ils disaient *une espèce de donation*, parce que la donation proprement dite se forme par le concours des deux volontés, du donateur et du donataire, tandis que le legs subsiste sans la volonté du légataire et même à son insu ; *laissée par testament*, parce qu'il n'y a pas de legs *ab intestat*, en quoi le legs différait du fidéicommis qui pouvait être fait sans testament, par codicille (voy. ci-après, tit. XXIII, ; *mise à la charge de l'héritier*, parce que l'héritier seul pouvait être chargé d'un legs, tandis qu'un fidéicommis pouvait être mis à la charge d'un légataire ou d'un fidéicommissaire.—Depuis que Justinien a assimilé les legs au fidéicommis, et a ainsi permis de les faire par codicille, du moins par les codicilles confirmés (voy. tit. XXV), le legs peut être défini plus généralement le don que quelqu'un fait, par acte de dernière volonté, d'un objet particulier de sa succession.

D. Combien y avait-il anciennement d'espèces de legs ?

R. Il y en avait quatre : le legs *per vindicationem* (par revendication), le legs *per damnationem* (par condamnation), le legs *sinendi modo* (par mode de tolérance) et le legs *per præceptionem* (par préciput).—Chacun de ces legs devait être fait

(1) Justinien, qui traite des manières d'acquérir par universalité, après nous avoir appris comment l'hérédité se transmet par testament, semblerait devoir nous dire comment elle se transmet *ab intestat*. Cependant, il s'occupe ici des legs par lesquels on acquiert, non pas l'hérédité, mais des objets particuliers (*res singulares*) : ce n'est pas sans raison, dit Vinnius ; les legs et les fidéicommis sont aussi laissés par testament, et ils en sont un accessoire si ordinaire et si important, qu'on ne peut les expliquer séparément.

suivant des formules particulières et sacramentelles (1).

D. Qu'est-ce que le legs *per vindicationem ?*

R. Le legs *per vindicationem* était celui qui transférait directement la propriété de la chose léguée, sans imposer aucune obligation à l'héritier ; il était ainsi appelé parce qu'il donnait au légataire l'action qui appartient à tout propriétaire, l'action en revendication. Dans ce legs, le testateur ne s'adressait pas à l'héritier ; il disait au légataire : CAPITO, SUMITO ; ou bien, sans s'adresser à personne : DO, LEGO.

D. Quelles choses pouvait-on léguer *per vindicationem ?*

R. On ne pouvait léguer ainsi que les choses dont on avait la propriété aux deux époques de la confection du testament et de la mort (2) ; car ces choses sont les seules dont la propriété puisse être transférée par testament. Le legs *per vindicationem* de tout autre objet aurait été inutile ; puisque, d'une part, la propriété n'en aurait point été transférée par le testateur, et que, de l'autre, le legs n'aurait imposé aucune obligation à l'héritier d'en transférer la propriété.

D. Qu'était-ce que le legs *per damnationem*, et en quels termes se faisait-il ?

R. Le legs *per damnationem* était celui qui obligeait l'héritier à donner ou à faire quelque chose. Il se faisait en ces termes : HÆRES MEUS DAMNAS ESTO DARE, DATO, FACITO, etc. (*Ulp.*, t. XXIV, § 4). Cet ordre adressé à l'héritier ne transférait pas directement la propriété au légataire ; celui-ci n'avait donc pas la revendication, mais seulement une action personnelle contre l'héritier pour le forcer à transférer la propriété de la chose léguée (3), ou à faire ce que le testateur avait ordonné.

D. Quelles choses pouvait-on léguer *per damnationem* ?

(1) Nous ferons connaître les plus ordinaires.

(2) Tel est le résultat de la règle catonienne (voy. p. 309). Cependant, pour les choses fongibles, c'est-à-dire qui consitent en nombre, poids ou mesure, comme une somme d'argent, du vin, etc., il suffisait que le testateur en eût la propriété au moment de sa mort (*Gaius* 2,200).

(3) Par la mancipation ou la cession *in jure*, si c'était une chose *mancipi* ou par la simple tradition, si c'était une chose *nec mancipi* (*Gaius*, 2,204).

R. On pouvait léguer ainsi toutes les choses susceptibles d'être léguées, c'est-à-dire non seulement celles qui appartenaient au testateur, mais encore celles qui appartenaient à l'héritier ou à toute autre personne ; parce qu'en effet, si on ne peut aliéner la chose d'autrui, on peut relativement à cette chose, imposer à soi-même ou à ses héritiers des obligations (dont nous verrons bientôt l'effet).

D. Qu'était-ce que le legs *sinendi modo*, et en quels termes se faisait-il ?

R. Le legs *sinendi modo* n'imposait à l'héritier que l'obligation passive de laisser faire ou prendre par le légataire. Le testateur disait par exemple : HÆRES MEUS DAMNAS ESTO SINERE LUCIUM TITIUM HOMINEM STICHUM SUMERE SIBIQUE HABERE (*Gaius*, 2, § 209). Ce legs ne transférait pas directement la propriété, et ne donnait point dès lors la revendication ; mais le légataire pouvait acquérir la propriété en prenant possession de la chose léguée : il avait, comme dans le legs *per damnationem*, une action personnelle contre l'héritier.

D. Quelles choses pouvait-on léguer par cette espèce de legs ?

R. Le testateur ne pouvait léguer *sinendi modo* que sa chose ou celle de son héritier (1). En effet, imposer seulement à son héritier l'obligation de laisser le légataire prendre la chose d'autrui, c'est évidemment ne rien faire.

D. Qu'est-ce que le legs *per præceptionem*, et comment se faisait-il ?

R. Le legs *per præceptionem* était celui dans lequel le testateur, s'adressant au légataire, lui disait, non pas précisément de prendre la chose léguée (CAPITO), mais de la prélever (PRÆCIPITO).

D. Quel était l'effet de ce legs, et à qui pouvait-on le faire ?

R. Les opinions étaient partagées sur ce point. Les Sabi-

(1) Le legs *sinendi modo* avait donc moins d'étendue que le legs *per damnationem*, mais il en avait plus que le legs *per vindicationem* : car on ne pouvait léguer *per vindicationem* que sa propre chose, et non celle de l'héritier, parce qu'on ne peut pas plus aliéner la chose de son héritier que celle de toute autre personne (*Gaius* 2, 210).

niens, s'attachant à la signification rigoureuse du mot *præcipere*, prendre avant partage, pensaient que le legs *per præceptionem* ne pouvait être fait qu'à l'un des héritiers institués ; car les héritiers seuls partagent, et par conséquent peuvent prendre avant partage ou par préciput : aussi n'accordaient-il au légataire que l'action en partage appelée *familiæ erciscundæ* (voy. liv. IV, tit. XVII).

Les Proculéiens, pensant que la syllabe *præ* ne paraissait pas devoir diminuer la valeur du mot *capere* qu'elle précède, enseignaient que dans tous les legs faits à des personnes qui n'étaient pas héritières, le legs *per præceptionem* ne différait point du legs *per vindicationem*. Il paraît que cette dernière opinion avait été confirmée par une constitution d'Adrien (voy. *Gaius*, 2, §§ 216 à 223).

D. Comment la différence entre les diverses espèces de legs dont on vient de parler a-t-elle disparu ?

R. Un sénatus-consulte appelé *Néronien* (1) voulut que le legs *per vindicationem*, lorsqu'il ne pourrait pas valoir comme tel d'après l'ancien droit, c'est-à-dire lorsqu'on aurait légué la chose d'autrui ou celle de l'héritier, pût valoir comme s'il avait été fait *per damnationem*. Sous Constantin, la nécessité d'employer des formules spéciales fut totalement supprimée ; mais cela n'empêchait pas de distinguer un legs *per vindicationem*, dans toutes les dispositions où le testateur avait montré l'intention de transférer directement la propriété, et un legs *per damnationem*, dans toutes celles où il avait voulu imposer une obligation à son héritier. La différence entre les diverses espèces de legs ne fut véritablement supprimée que par Justinien, qui, considérant tous les legs comme le résultat d'une intention également forte dans le testateur, voulut qu'elle fût exécutée par tous les moyens dont elle pourrait l'être, et qu'indépendamment de la forme de la disposition, le légataire eût l'action personnelle que donnait autrefois contre l'héritier le legs *per damnationem*, et, lorsque la chose appartiendrait au testateur, l'action en revendication qui résultait autrefois du legs *per vindicationem* ou *per præceptionem ;* enfin il accorda aux légataires un droit d'hypothèque sur tous les biens laissés par le défunt, droit qui produisait une action réelle appelée hypothécaire ou *quasi-servienne* (voy. tit. *des actions*).

(1) Rendu sous le règne et sur la proposition de Néron (v. p. 54).

Non content d'avoir assimilé les legs entre eux, Justinien les assimila tous aux fidéicommis (1).

D. Quelles choses peuvent en général être léguées ?

R. On ne peut léguer que les choses qui sont dans le commerce ; peu importe d'ailleurs qu'elles existent à présent ou dans l'avenir, qu'elles soient corporelles ou incorporelles.

D. On peut donc léguer les choses futures ?

R. Oui (2) ; ainsi on peut léguer les fruits que doit produire tel fonds, les enfants qui naîtront de telle esclave.

D. Le legs de la chose d'un tiers est-il nul ?

R. Non ; ce legs oblige l'héritier d'acheter la chose léguée et de la remettre au légataire, et, dans le cas où le propriétaire ne voudrait pas la vendre, d'en payer l'estimation (3). Mais pour cela il faut que le testateur ait su que la chose léguée appartenait à autrui ; et c'est au légataire demandeur à prouver que le testateur avait cette connaissance. Peut-être, en effet, le testateur qui consentirait à léguer une chose dont il se croyait le maître, n'aurait-il pas voulu léguer la même chose, s'il eût su qu'elle fût à un tiers, parce qu'il est moins onéreux à l'héritier de céder un objet qu'il a, soit dans la succession, soit dans ses biens propres, que d'acheter la chose d'autrui pour la remettre au légataire.

D. En sens inverse, que devient le legs quand le testateur a légué une chose qu'il croyait à autrui et qui lui appartenait ?

(1) Cependant Justinien, pour éviter, dit-il, toute confusion, traite séparément des legs et des fidéicommis : nous le suivrons dans cette marche.

(2) Anciennement les choses qui n'existaient pas au moment de la confection du testament ne pouvaient être données que *per damnationem*.

(3) Il n'en est pas de même du legs d'une chose qui n'est pas dans le commerce, par exemple du legs d'un édifice ; un pareil legs est entièrement nul, et n'oblige pas même à payer l'estimation. La raison de cette différence vient de ce que le legs de la chose d'autrui impose à l'héritier une obligation difficile, mais non pas impossible à remplir ; tandis que le legs d'une chose hors du commerce lui imposerait une obligation impossible à exécuter, puisque cette chose ne peut être vendue. Or une obligation de cette nature n'admet aucun équivalent.

R. Le legs est valable, car alors la charge de l'héritier étant moins dure, on ne craint pas d'outre-passer la volonté du défunt (1).

D. Le legs d'une chose hypothécaire oblige-t-il l'héritier à la dégager ?

R. Oui, si le testateur savait que la chose était engagée, sinon on craindrait d'outre-passer sa volonté en obligeant l'héritier à affranchir la chose de l'hypothèque. Mais comme cette distinction n'est fondée que sur l'intention présumée du testateur, l'hypothèque dont il aurait connu l'existence resterait à la charge du légataire, si telle avait été l'intention exprimée du défunt.

D. Le legs d'une chose qui appartient déjà au légataire produit-il quelque effet ?

R. Non, parce qu'on ne peut pas acquérir ce dont on est déjà propriétaire (2). Lors même que la chose cesserait d'appartenir au légataire, le legs n'en deviendrait pas meilleur ; car, suivant la règle catonienne, les dispositions qui n'auraient pu valoir si le testateur était mort à l'instant même de la confection du testament, ne deviennent jamais valables par la prolongation de sa vie (§ 33).

D. Quid juris si le testateur avait faussement cru que la chose léguée appartenait au légataire ?

R. Le legs serait valable ; parce qu'il n'y aurait pas impossibilité réelle de l'exécuter (§11).

D. Quid si, le testateur ayant légué la chose d'autrui, le légataire en était devenu propriétaire postérieurement à la confection du testament (3) ?

R. Il faudrait distinguer si le légataire a acquis la chose à

(1) Ainsi, dans ce cas, *plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione* (§ 11) ; dans d'autres cas, par exemple, dans l'hypothèse précédente, *plus est in opinione quam in veritate* (L. 15 et 16, ff. *de acq. vel omit.* 21, 2).

(2) Le légataire n'aurait pas même pu demander l'estimation. On était moins sévère dans les fidéicommis : le fidéicommissaire avait droit à l'estimation de la chose qu'il était accidentellement incapable d'acquérir.

(3) Le texte suppose que le légataire a acquis la chose du vivant du testateur (*vivo testatore*, § 6) ; mais ce n'est que par forme d'exemple ; et il en serait de même si l'acquisition avait eu lieu

titre gratuit, ou à titre onéreux. S'il l'a acquise à titre gratuit, comme par donation, il n'a rien à demander, parce qu'il est de principe que deux causes lucratives ne peuvent pas concourir en faveur de la même personne, relativement au même sujet. Si, au contraire, le légataire est devenu propriétaire par une cause onéreuse, par exemple, à titre de vente, il peut obtenir, en vertu du legs, le prix qu'il a déboursé.

D. En serait-il de même si le légataire, au lieu d'avoir acquis la chose léguée, en avait seulement reçu l'estimation à titre gratuit ?

R. Non ; il pourrait encore demander la chose. En effet, si l'acquisition de la propriété, et par suite l'exécution du legs, trouvent un obstacle dans la propriété déjà acquise, elles n'en rencontrent aucun dans l'estimation déjà reçue par le légataire.

D. Lorsque le légataire du fonds d'autrui en a d'abord acheté la nue propriété, et que, par l'extinction de l'usufruit, il a ensuite obtenu la pleine propriété, que peut-il demander à l'héritier ?

R. Il peut régulièrement demander le fonds ; mais le juge devra d'office condamner l'héritier à payer seulement la valeur du fonds, déduction faite de l'usufruit pour lequel le légataire n'a rien déboursé.

D. Pourquoi le légataire doit-il demander le fonds et non pas l'estimation ?

R. Parce qu'il agit en vertu du testament *(ex testamento)*; or, le testament lui lègue le fonds et non pas le prix ; mais c'est un de ces cas où le juge peut, au lieu d'allouer ce qu'on demande, déterminer un genre de satisfaction auquel le défendeur doit se soumettre pour éviter une condamnation plus grave (voy., au tit. *des actions*, ce qui concerne les actions *arbitraires*).

D. En demandant le fonds, le légataire ne demande-t-il pas plus qu'il ne lui est dû, puisqu'on ne lui doit que le fonds, déduction faite de l'usufruit ; et dès lors, ne s'expose-t-il pas à la déchéance encourue par la plus-pétition (voy. le tit. *des actions*) ?

après la mort du testateur, car la cause de l'inutilité du legs subsisterait dans les deux cas (L. 17, ff. *de oblig. et act.* 44, 7).

R. Non ; parce que, dans la demande du fonds, l'usufruit est considéré comme une servitude, et qu'en demandant un fonds, on est censé demander la propriété, moins les servitudes qui y sont rattachées.

D. Un créancier peut-il léguer à son débiteur ce qu'il lui doit ?

R. Oui ; léguer à quelqu'un ce qu'il doit, ce n'est pas lui léguer sa propre chose ; car le legs de libération n'a pas pour objet la propriété de la chose due, mais seulement la remise d'une créance et du droit qu'elle donne contre le légataire, relativement à la chose due. Ce legs se fait, soit en léguant la libération en termes exprès, soit en léguant au débiteur ce qu'il doit, soit en défendant à l'héritier d'exiger la créance.

D. Le legs de libération éteint-il de plein droit la dette du légataire ?

R. Non ; il donne seulement au légataire une action pour forcer l'héritier à le libérer par une *acceptilation* (voy. liv. III, tit. XXIX, ce que c'est qu'une *acceptilation*) et une exception (*doli mali*) pour repousser la demande que l'héritier intenterait avant d'avoir consenti l'acceptilation (1).

D. Un débiteur peut-il léguer à son créancier ce qu'il lui doit ?

R. Un pareil legs est inutile, s'il ne renferme rien de plus que la dette, parce qu'alors il ne confère aucun avantage (2). Mais si la disposition renferme un avantage quelconque, le légataire en profite, et le legs est valable (3). Si donc on avait légué purement et simplement ce qui était dû à terme ou

(1) Le testateur pouvait, au lieu de léguer la libération à son débiteur, défendre seulement à son héritier d'exiger la créance pendant un certain temps ; le legs ne produisait alors qu'une exception temporaire qui défendait le légataire pendant le délai fixé par le testateur.

(2) Remarquez qu'il s'agit ici d'une créance et d'un legs également lucratifs pour le légataire, et entre lesquels il serait obligé d'opter d'après le principe que deux causes lucratives ne peuvent concourir ensemble. S'il s'agisait d'une créance provenant d'une cause onéreuse, ou si le legs contenait des charges, le légataire cumulerait cette qualité avec celle de créancier, au moins pour tout ce qu'il y aurait d'onéreux dans l'une ou l'autre (L. 108, § 4 et 5, ff. *de legat.*, 1, 30).

(3) Depuis Justinien, le legs emportant hypothèque tacite, il arrive bien rarement que le titre de légataire ne soit d'aucun avantage pour le créancier.

sous condition, le legs serait utile à cause de l'exigibilité qu'il procurerait *(propter representationem)*.

D. Le legs pur et simple d'une créance à terme ou conditionnelle continuerait-il à être valable, si le terme arrivé ou la condition réalisée du vivant du testateur faisait perdre au legs l'avantage qu'il a eu jusque-là sur la créance ?

R. Cette question a été controversée (voy. L. 82, ff. *de legat.* 1,30) ; mais l'affirmative a prévalu, conformément à l'opinion de Papinien, qui voulait que le legs conservât sa validité, *quia semel consistit*, et parce qu'il s'agit ici d'une circonstance qui, ne rendant pas l'exécution du legs impossible, laisse subsister ce dont elle aurait empêché l'origine.

D. Lorsque le mari lègue la dot à sa femme, ce legs est-il valable ?

R. Oui, parce que ce legs offre à la femme un avantage réel. En effet, les héritiers du mari ne peuvent pas opposer à la femme qui réclame sa dot *ex testamento* comme légataire, les exceptions qu'ils pourraient faire valoir si elle agissait *de dote*, par exemple, pour jouir d'un délai ou pour se faire rembourser les dépenses utiles (voy. tit. *des actions*).

D. Quid juris si le mari n'avait point reçu de dot ?

R. Le legs serait inutile si le mari avait légué simplement la dot ; mais si la dot avait été mentionnée non comme objet direct du legs, mais comme désignation d'une chose ou d'une somme d'ailleurs suffisamment déterminée, par exemple, si le testateur avait légué à son épouse 500 solides ou telle maison *qu'il a reçus en dot*, le legs serait valable. — En général, lorsqu'on dit : Je lègue à un tel telle somme ou telle chose *que je lui dois*, le legs a pour objet la somme ou la chose et non pas la dette : ces mots *que je lui dois*, sont considérés comme une désignation dont la fausseté ne nuit point au legs, qui reste valable quoique le testateur ne doive rien au légataire.

D. Quel effet produit le legs d'une créance sur un tiers ?

R. Ce legs ne transporte pas directement la créance au légataire ; mais il oblige les héritiers à lui céder leurs actions contre le débiteur. Je dis *leurs actions* (*suas actiones*, § 21), parce que toutes les actions du défunt deviennent celles des héritiers, qui sont seuls *juris successores* (§ 21, *de test. ord.* Inst. 2, 10). Du reste, après cette délégation, les héritiers

ne sont tenus à aucune garantie relativement au paiement de la créance et à l'effet des actions cédées.

D. Que devient un pareil legs lorsque la créance vient à s'éteindre ; par exemple, lorsque le testateur est payé de son vivant ?

R. Le legs périt avec la créance, comme il périt, en général, avec l'objet légué, et l'héritier n'a plus d'action à céder.

D. Un legs ne peut-il pas consister dans l'injonction adressée aux héritiers de faire ou de ne pas faire, ou de tolérer de la part du légataire ?

R. Oui ; par exemple, on peut, dans un legs, obliger les héritiers à réparer la maison du légataire ou à payer ses dettes, et un legs de ce genre est valable toutes les fois que la chose qui en est l'objet est possible, et qu'elle n'est contraire ni aux lois ni aux bonnes mœurs (L. 112, §§ 3 et 4, ff. *de légat.*, 1, 30).

D. Ne peut-on léguer que des *espèces* : ne peut-on pas léguer aussi des *genres* (1), comme un cheval, deux esclaves, sans dire lesquels ?

R. Oui ; le choix, sauf la volonté contraire du testateur, appartient au légataire (2), lors du moins qu'il se fait parmi les objets du même genre qui existent dans la succession ; car, à défaut, et lorsque le choix se fait hors des biens héréditaires, le légataire ne pouvant acquérir par le choix et revendiquer un objet appartenant à un tiers, ne pourrait jamais avoir que l'action personnelle qui, désignant l'héritier comme débiteur, devrait lui laisser, comme à tout autre débiteur, la faculté de se libérer en donnant une chose ou l'autre à son choix (3).

(1) L'*espèce*, pour les jurisconsultes, est une chose individuelle, comme la terre de *Tusculum*, l'esclave *Stichus*. Un *genre* est pour eux ce qu'est pour les philosophes une espèce. Léguer un genre, c'est léguer des objets qui ne sont déterminés que par leur nombre et l'espèce à laquelle ils appartiennent.

(2) *Electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit*, dit le texte, § 22 ; chez nous, et d'après l'art. 1022 du Code Napoléon, c'est tout le contraire : le choix appartient à l'héritier.

(3) Tel était l'effet du legs *per damnationem* dans l'ancien droit (*Ulp.* 24, § 14), et tel paraît devoir être, depuis Justinien, l'effet de tout legs qui ne transférant pas immédiatement la propriété, n'accorde point la revendication ; car le choix de l'objet est moins une

D. Léguer un *genre*, est-ce la même chose que léguer le choix parmi les objets de même nature qui se trouvent dans la succession ?

R. Non ; léguer un cheval, un esclave, en général, c'est léguer une chose corporelle, quoique indéterminée ; mais léguer le choix d'un cheval, d'un esclave parmi ceux que je laisserai, c'est léguer une chose incorporelle, la faculté de choisir ; faculté personnelle qui, ne pouvant être exercée que par le légataire, rendait dans l'ancien droit, le legs d'*option* conditionnel, et le laissait sans effet, si le légataire était mort sans l'avoir exercée. Le legs générique, au contraire, étant pur et simple, passait aux héritiers du légataire, pour peu que celui-ci survécût au testateur (L. 17, § 7, ff. *quando dies leg.* 36, 2).

D. Cette différence a-t-elle donc disparu dans le dernier état du droit ?

R. Oui ; Justinien a déclaré que le légataire qui mourrait avant d'avoir fait le choix, transmettrait à ses héritiers le droit de choisir à sa place ; et que lorsqu'il y aurait, soit plusieurs colégataires, soit plusieurs héritiers d'un seul légataire, qui ne s'accorderaient pas, on tirerait au sort celui d'entre eux qui choisirait pour tous.

D. Peut-on léguer une universalité ?

R. Oui ; ainsi on peut léguer une partie des biens qu'on laissera (*pars bonorum*) ou une quote-part de l'hérédité (*pars hæreditatis*). — Le legs d'une quote-part de l'hérédité se nomme *partition*, et le légataire est nommé *légataire partiaire* (*Ulp.* tit. XXIV, § 15).

D. Le légataire partiaire doit-il être assimilé à un héritier institué pour partie ?

D. Non ; il y a cette différence principale, que le légataire partiaire ne succède pas à la personne et aux actions du testateur (*non est juris successor*, § 11, *de test. ord.*), mais seule-

conséquence du legs que de l'action par laquelle le légataire agit (*L.* 108, § 5, ff. *de légat.*, 1° ; M. *Ducaurroy*, n° 715). Remarquez que le choix n'est pas illimité : le légataire ne peut prendre la meilleure chose, ni être forcé de prendre la plus mauvaise. Malgré cette limitation, on regarde comme incertain et inutile le legs d'un immeuble, lorsque le testateur n'en possédant aucun de la nature de celui qu'il a légué, le choix appartiendrait à l'héritier.

ment aux biens (*pars bonorum legata videtur. Ulp. l.* c.) (1), et qu'en conséquence, il n'est en rapport ni avec les créanciers, ni avec les débiteurs du défunt, qui ne connaissent que l'héritier. Aussi, lorsque l'héritier partage la succession avec le légataire, comme il est juste que ce dernier n'ait des bénéfices qu'après les dettes payées, il intervient entre eux une stipulation appelée stipulation *partis et pro parte*, par laquelle ils s'engagent à se tenir respectivement compte de ce que l'héritier aurait reçu ou payé pour la part du légataire. On peut remarquer, comme une autre différence, que l'héritier a la faculté de ne point partager l'hérédité avec le légataire, en lui donnant l'estimation de la portion léguée.

D. A quelles personnes peut-on léguer ?

R. On ne peut léguer qu'à ceux avec qui on a faction de testament. Or, on a faction de testament avec les citoyens romains et leurs esclaves (voy. liv. II, tit. XIV), sauf quelques exceptions (2).

D. A-t-on faction de testament avec les personnes incertaines ?

R. Dans l'ancien droit, on n'avait point faction de testament avec les personnes incertaines : on ne pouvait rien leur laisser ni par legs, ni par fidéicommis (3), lors même qu'on était militaire. On entendait par personnes incertaines celles sur lesquelles le testateur n'avait qu'une opinion vague.

(1) Voilà pourquoi, bien qu'on puisse léguer une quote-part de l'hérédité, le legs est considéré comme une manière d'acquérir les choses particulières.

(2) *Sauf quelques exceptions.* Dans l'ancien droit, d'après la loi Voconia, les femmes ne pouvaient jamais recevoir au-delà d'une certaine somme : d'après les lois Julia et Papia Poppea, ceux qui étaient restés célibataires jusqu'à un certain âge, ceux qui n'avaient pas d'enfants de leur mariage, ne recueillaient qu'une partie des dispositions faites en leur faveur. Voy. *Introd*, p. 51. Ces prohibitions ont été supprimées et remplacées par d'autres. Ainsi les empereurs chrétiens ont déclaré les apostats, les hérétiques, incapables de rien recevoir (voy. ci-dessus liv. II, tit. XIV).

(3) C'est Adrien qui a étendu la prohibition au fidéicommis. Cette prohibition est remarquable, parce qu'on pouvait souvent recevoir un fidéicommis sans avoir la faction passive de testament, et par conséquent sans pouvoir recueillir un legs (voy. p. 344). On ne pouvait pas léguer la liberté à un esclave incertain, parce que la loi Fusia Caninia voulait que les esclaves fussent affranchis nominativement (*Gaius*, 3, § 239).

Ainsi le legs fait à *celui qui donnera sa fille en mariage à mon fils, ou au premier qui sera nommé consul* aurait été nul, comme fait à une personne incertaine. Mais on pouvait léguer à ceux qui n'étaient incertains qu'entre un nombre limité de personnes (*sub certa demonstratione*), par exemple *à celui de mes parents actuellement existant qui épousera ma fille.*

D. Pouvait-on répéter le legs ou le fidéicommis fait à une personne incertaine, et payé par erreur ?

R. Non, et sur ce point, les constitutions des empereurs chrétiens n'avaient point laissé subsister la différence qui existait auparavant entre le legs et le fidéicommis (voy. *Gaius*, 2, § 283.).

D. Quel est le dernier état du droit à l'égard des personnes incertaines ?

R. Justinien a permis d'instituer les personnes incertaines, de leur laisser des legs ou des fidéicommis ; cependant il n'a pas permis de leur déférer la tutelle testamentaire (voy. liv. I, tit. XIV).

D. Ce que vous venez de dire des personnes incertaines ne s'applique-t-il pas aux posthumes ?

R. Oui : car les posthumes étaient compris parmi les personnes incertaines. Toutefois la prohibition de leur léguer, comme de les instituer, ne s'appliquait, longtemps avant Justinien, qu'aux posthumes externes, c'est-à-dire à ceux qui, à leur naissance, ne devaient pas se trouver sous la puissance et parmi les héritiers siens du testateur, comme au petit-fils conçu après l'émancipation du fils.

D. Cependant Justinien dit, dans le § 28, qu'on pouvait, même avant lui (*et ante poterat*), instituer un posthume externe ?

R. Ce n'est là qu'une équivoque qu'on fait disparaître en distinguant le droit civil du droit honoraire. Le préteur, en effet, accordait autrefois la possession de biens *secundum tabulas* au posthume externe, dont l'institution était nulle, d'après le droit civil (*pr. de bon. pos.*). D'après la législation de Justinien, pareille institution est valable, même d'après le droit civil, et procure l'hérédité. On excepte pourtant l'institution faite en faveur d'un enfant conçu d'une femme *quæ uxor non esse potest*, c'est-à-dire d'une femme qui, ne

pouvant épouser le testateur, serait enceinte de ses œuvres. On n'a pas voulu que, par institution, on pût en quelque sorte légitimer les fruits d'un commerce illicite (V. L. 9, § 1, 3, 4, ff., *de lib. et post.*, 28, 2).

D. Le legs fait à l'esclave de l'héritier est-il valable ?

R. Les anciens jurisconsultes ont été divisés sur cette question (voy. *Gaius*, 2, § 244). L'opinion qui a prévalu est que le legs est nul, s'il a été fait purement et simplement, lors même que l'esclave légataire serait sorti de la puissance de l'héritier avant la mort du testateur. En effet, d'après la règle catonienne, les dispositions qui n'auraient eu aucune force dans le cas où le testateur serait décédé aussitôt après la confection du testament, restent nulles malgré sa survie. Or, si le testateur était mort aussitôt après la confection du testament, l'esclave n'aurait pu acquérir le legs que pour l'héritier, parce que l'esclave acquiert pour le maître sous la puissance duquel il se trouve au moment de l'ouverture du legs, c'est-à-dire dans un legs pur et simple, au jour de la la mort du testateur ; de sorte que les qualités de légataire et d'héritier se seraient réunies sur la même personne ; ce qui ne peut pas être, car on ne peut jamais se devoir à soi-même (1).

D. Quid juris lorsque le legs fait à l'esclave de l'héritier est conditionnel ?

R. Ce legs est valable, pourvu que l'esclave ne se trouve pas sous la puissance de l'héritier lors de l'événement de la condition, époque à laquelle s'ouvre le legs conditionnel. La règle catonienne ne s'applique point aux legs qui s'ouvrent à une autre époque que la mort du testateur (L. 3, ff., *de reg. cat.*, 34, 7).

D. En sens inverse, le legs fait au maître de l'esclave institué héritier est-il également nul ?

R. Non ; ce legs est valable, lors même qu'il est pur et simple (*etiam sine conditione*) ; seulement si le maître acquiert l'hérédité par son esclave, son legs s'évanouira, parce qu'on ne peut pas se devoir à soi-même un legs. Mais jusque-là, le legs est valable, parce qu'il est possible que l'hérédité

(1) Remarquez qu'il s'agit du cas où il n'y a qu'un héritier institué ; s'il y en avait plusieurs, le legs fait à l'esclave de l'un d'eux serait valable pour la part qui tomberait à la charge des autres héritiers (L. 34, § 11 et 12, ff. *de legat.*, 1o, 30).

soit acquise à un autre qu'au légataire, et qu'ainsi rien ne s'oppose à l'exécution du legs. En effet, l'hérédité est acquise à celui dont l'institué dépend au jour de l'adition, et par ordre duquel cette adition a lieu, ou à l'institué lui-même, s'il est libre à cette époque. Or, quand même on supposerait la mort du testateur arrivée aussitôt après la confection du testament, il y aura toujours entre cette époque, qui est celle de l'ouverture du legs pur et simple, et le jour de l'adition, un temps intermédiaire pendant lequel l'esclave institué peut changer de condition ; et s'il en change réellement, il acquerra l'hérédité, soit pour lui-même, soit pour son nouveau maître, et le légataire conservera son legs. Au contraire, le legs pur et simple fait à l'esclave de l'institué se confond nécessairement avec l'hérédité ; car, après être devenu légataire par l'esclave, au moment de la mort du testateur, l'institué *sui juris* ne pourra jamais acquérir l'hérédité que pour lui-même.

D. Si le testateur s'était trompé sur les nom, prénom ou surnom (1) du légataire, le legs serait-il nul ?

R. Non ; dans les legs, comme dans les institutions, pourvu que la personne du légataire ou de l'institué soit reconnue d'une manière indubitable, il importe peu qu'il y ait erreur dans les noms.

D. Faut-il en dire autant de l'erreur dans la désignation de l'objet légué ?

R. Oui ; il suffit qu'on puisse reconnaître l'objet du legs d'une manière quelconque. Si donc le testateur avait dit : *Je lègue l'esclave Stichus que j'ai acheté à Seius*, bien qu'il l'eût acheté d'un autre, le legs serait valable, pourvu qu'on

(1) *Nomen* était le nom général de la race, de la *gens* ; *cognomen* était celui de la branche ou famille particulière à laquelle on appartenait ; *prænomen* était le nom propre d'un individu. A ces noms, on ajoutait souvent une qualification particulière, à ca se de quelque circonstance remarquable qui servait à distinguer l'individu (*agnomen*). Enfin les adoptés, en prenant les divers noms de leur nouvelle famille, retenaient celui de l'ancienne. Prenons pour exemple PUBLIUS CORNELIUS SCIPIO AFRICANUS ÆMILIANUS. PUBLIUS était le *prænomen*, CORNELIUS le *nomen*, SCIPIO le *cognomen* (la *gens Cornelia* avait plusieurs branches, voy. p. 156, note 1), AFRICANUS était un surnom, *agnomen*, donné à Scipion à cause de son expédition contre Carthage, ÆMILIANUS enfin rappelait son ancienne famille Æmilia, qu'il avait quittée pour entrer dans la famille des Scipions (voy. M. Berriat, *Hist. du dr. romain*, p. 93).

fût certain de l'esclave que le testateur a eu en vue (1).

D. Lorsque le testateur, en faisant un legs, le motive sur une cause qui n'existe pas, le legs est-il nul ?

R. Non ; la fausse cause nuit encore moins à la validité du legs que la fausse désignation *(longe magis)*, parce que la cause du legs est indifférente et n'a aucunement besoin d'être exprimée ni connue, tandis qu'il faut nécessairement que l'objet du legs et le légataire soient désignés d'une manière quelconque. Ainsi, lorsque le testateur a dit : *Je lègue à Titius pour avoir géré mes affaires en mon absence*, le legs est valable, quoique le légataire n'ait pas administré les biens du testateur.

D. En serait-il de même si la cause était énoncée en forme de condition ?

R. Non ; le legs ne serait valable qu'autant que la cause existerait. Lors donc que le testateur a dit : *Je lègue tels fonds à Titius, s'il a géré mes affaires*, le legs est nul si Titius n'a pas administré les biens du testateur.

D. Quid si la cause exprimée du legs se rapporte à l'avenir et consiste dans le but que le testateur assigne à sa disposition, par exemple, si quelqu'un lègue pour que le légataire lui construise un tombeau ?

R. La cause alors constitue le *mode* du legs ; le légataire peut exiger le legs avant d'avoir exécuté l'intention du testateur, mais en donnant caution qu'il l'exécutera ; et, en cas d'inexécution, il est tenu de restituer ce qu'il a reçu (L. 40, § 5, ff. *de cond. et dem.* 35, 1) (2).

D. En quoi le *mode* diffère-t-il de la condition ?

1) Il n'en serait pas de la *détermination* de l'objet comme de sa *désignation* (*demonstratio*). La détermination précise le caractère essentiel à défaut duquel l'objet n'est plus le même. Si, par exemple, le testateur avait dit : *Je lègue le cheval qui est dans mon écurie* ou *les* 100 *solides que j'ai dans mon coffre*, le legs serait inutile si le testateur n'avait aucun cheval dans son écurie ou aucune somme dans son coffre ; car ce n'est pas un cheval ou une somme en général qu'il a légués, mais un objet certain qui ne peut être remplacé par un autre.

(2) Cette caution se nomme caution mutienne, du nom de Quintus Mucius qui l'a introduite. (Voyez ce que nous avons dit liv. II, tit. XIV, *in fine*, et voyez pour plus de détails, Bufnoir, théorie de la condition, p. 348).

R. En ce que la condition suspend en général l'ouverture du legs, jusqu'à ce qu'elle soit accomplie ou réputée telle (1). Cependant on excepte les conditions qui consistent à ne pas faire une chose, comme à ne point monter au Capitole. Une semblable condition ne pouvant véritablement s'accomplir que par le décès de celui à qui elle est imposée, aurait mis le légataire dans l'impossibilité de jamais profiter du legs. On a donc permis au légataire de demander l'exécution du legs avant l'avènement de la condition ; mais on l'oblige à garantir qu'il rendra, en cas de contravention, tout ce qu'il aura reçu, avec les fruits ou intérêts. Cette caution est appelée *mutienne*, du nom de son auteur (L. 9, ff. *eod.*).

D. Le legs peut-il être écrit avant l'institution d'héritier (*voy.* liv. I, tit. XIV, et liv. II, tit. XIV) ?

R. Dans l'ancien droit, le legs écrit avant l'institution d'héritier était inutile, parce que l'institution d'héritier étant le principe et la base du testament, toutes les dispositions qui la précédaient étaient considérées comme hors du testament. Par la même raison, le testateur ne pouvait donner la liberté à son esclave avant d'instituer l'héritier. Mais Justinien, regardant comme une subtilité de s'attacher à l'ordre dans lequel étaient écrites les dispositions, plutôt qu'à la volonté du testateur, a permis de léguer et d'affranchir même avant l'institution d'héritier (2).

D. Pouvait-on différer l'exécution du legs jusqu'après la mort de l'héritier ou du légataire ?

R. Dans l'ancien droit on ne le pouvait pas. En effet, le legs ne pouvait être mis à la charge que de l'héritier *(ab hærede præstanda)* ; or, le legs différé jusqu'après la mort de l'héritier n'aurait pu être exécuté que par ses propres héritiers ; il était donc nul, et, en cela, il différait du fidéicommis, qui, pouvant être mis à la charge des héritiers de l'institué, était valablement fait après la mort de ce dernier. Le legs différé jusqu'après la mort du légataire était également nul, parce qu'il était réellement fait aux héritiers du léga-

(1) La condition est réputée accomplie, lorsqu'il n'a pas dépendu du légataire qu'elle ne le fût.

(2) Cette innovation a supprimé une des anciennes différences entre le legs et les fidéicommis. Les fidéicommis, en effet, pouvant être faits hors du testament, et même *ab intestat*, ont toujours pu être écrits avant l'institution d'héritier.

taire, et par conséquent à des personnes incertaines : aussi la nullité qui frappait un pareil legs s'étendait-elle au fidéicommis, depuis qu'Adrien avait prohibé les fidéicommis, faits à personnes incertaines.

Mais Justinien a décidé que ces sortes de legs, aussi bien que les fidéicommis du même genre, seraient désormais valables (1).

D. Peut-on léguer à titre de peine *(pœnæ nomine)* ?

R. Dans l'ancien droit, on ne le pouvait pas. On considérait comme faites à titre de peine toutes les dispositions qui avaient pour but de contraindre celui qui était chargé de les acquitter à faire ou à ne pas faire quelque chose, comme quand un testateur disait : *Mon héritier, s'il ne donne pas sa fille en mariage à Titius, payera dix pièces d'or à Seius.* Or, comme ces dispositions étaient moins faites dans la vue de gratifier celui qui était appelé à en profiter que dans le but de punir celui à la charge de qui elles étaient mises, on les avait jugées indignes de la protection du législateur ; en conséquence, soit qu'on eût fait un legs ou un fidéicommis, soit qu'on eût affranchi un esclave ou adjoint un cohéritier à titre de peine, ces sortes de dispositions étaient réputées non écrites, même dans un testament militaire ou fait en faveur du prince.

D. Justinien a-t-il maintenu cette cause de nullité ?

R. Non. Cet empereur a permis au testateur d'imposer telle peine qu'il voudrait à l'inexécution de ses volontés, pourvu cependant qu'il n'exige rien d'impossible ou de contraire aux lois ou aux bonnes mœurs.

D. Le legs ne peut-il pas cesser de valoir, après la confection du testament, indépendamment de l'incapacité dont pourrait être frappé le légataire ou le testateur ?

R. Oui ; le legs peut cesser de valoir par sa révocation ou sa translation (voy. tit. suiv.), ou par la perte de l'objet légué arrivée sans le fait de l'héritier (§ 16).

(1) Dans l'ancien droit, il en était du legs différé jusqu'à la veille de la mort comme du legs différé jusqu'après la mort. Mais on pouvait prendre pour terme le moment même de la mort. Tout cela s'appliquait également aux stipulations (voy. le tit. *des stip. inutiles*).— Remarquez que, depuis Justinien, le legs qui doit être acquitté après la mort de l'héritier est conditionnel, parce qu'il est incertain si cette mort arrivera ou non du vivant du légataire.

D. La mise hors du commerce n'équivaudrait-elle pas à la perte de la chose ?

R. Oui : par exemple, si l'esclave d'autrui, légué par le testateur, était émancipé par un fait indépendant de l'héritier, le legs serait nul.

D. En dirait-on autant si, le testateur ayant légué l'esclave de l'héritier, celui-ci avait affranchi cet esclave ou en avait fait don à un tiers qui l'aurait affranchi ?

R. Non, l'héritier resterait débiteur du legs, et, comme tel, serait condamné à payer l'estimation de l'esclave, lors même qu'il aurait ignoré l'existence de legs ; car, malgré sa bonne foi, l'héritier ne doit pas profiter du tort que son propre fait occasionnerait au légataire, si le legs était déclaré nul.

D. Lorsqu'on a légué une esclave avec ses enfants, ou un esclave ordinaire (*ordinarius*) avec ses *vicaires* (*cum vicariis*) (1), le legs est-il anéanti par la mort de la mère ou de l'esclave ordinaire ?

R. Non, le legs continue à valoir pour les esclaves qui survivent ; car chacun d'eux est considéré comme l'objet distinct d'un legs séparé ; et lorsque plusieurs objets ont été légués par une même disposition, la perte des uns n'empêche pas le legs d'être valable pour ceux qui subsistent.

D. En serait-il de même si l'on avait légué un esclave avec son pécule (*cum peculio*), et que l'esclave vînt à mourir ?

R. Un tel legs n'a qu'un objet principal, qui est l'esclave ; le pécule est considéré comme un accessoire : de sorte que la mort de l'esclave suffirait pour éteindre le legs en entier. De même si l'on avait légué un fonds garni ou avec ses ustensiles (*fundus instructus vel cum instrumentis*) (2), le

(1) On appelait *servi ordinarii* les esclaves qui avaient d'autres esclaves (*servi vicarii*) parmi les choses qui composaient le pécule confié à leur administration. (Voy. liv. I, tit. III).

(2) Il y a cette différence entre *fundus instructus* et *fundus cum instrumentis*, que cette dernière expression ne comprend que les objets destinés à l'exploitation du fonds, tandis que *fundus instructus* comprend en outre les objets qui auraient été placés sur le fonds pour en rendre l'usage et le séjour plus agréables ou plus commodes (L. 12, § 27 *et seq.*, ff. *de instruct. vel inst. leg.* 37, 7).

légataire, par cela seul qu'il ne pourrait plus demander le fonds, perdrait toute espèce de droit sur les ustensiles.

D. Si un troupeau avait été légué, et qu'ensuite il se trouvât réduit à une seule brebis, le légataire pourrait-il la revendiquer ?

R. Oui ; le légataire peut demander tout ce qui reste de la chose léguée *(quod superfuerit)* (1).

D. Le légataire d'un troupeau pourrait-il réclamer les brebis qui auraient été ajoutées au troupeau depuis la confection du testament ?

R. Oui ; ce ne serait pas demander des choses qui n'ont pas été léguées ; car léguer un troupeau ce n'est pas léguer chaque animal distinctement, en sorte qu'il n'y ait que les animaux existant lors de la confection du testament qui soient compris dans le legs, c'est léguer un ensemble qui peut recevoir des augmentations ou des diminutions, sans cesser d'être le même. Il en est des brebis comme des matériaux qui, ajoutés ou substitués à d'autres matériaux, n'empêchent pas que le bâtiment ne soit toujours le même.

D. Il résulte de votre réponse que, si le légataire ne peut pas demander d'autres choses que celles qui sont léguées, il profite cependant des accroissements ajoutés à la chose léguée depuis la confection du testament ?

R. Oui : ainsi le légataire profiterait des colonnes ou des statues placées par le testateur pour orner la maison léguée. En effet, il est de principe que la chose léguée doit être livrée au légataire dans l'état où elle se trouve lors de l'ouverture du legs, ou, suivant l'expression consacrée, *cum* DIES *legati* CEDIT (2) ; de sorte que les accroissements ou détériorations survenus auparavant profitent ou nuisent au légataire. Quant aux accroissements survenus depuis, le légataire n'y

(1) Ainsi, celui à qui on aurait légué une maison peut, malgré la démolition de l'édifice, réclamer les matériaux et le terrain (L. 2, ff. *de legat.*, 1, 30). Au contraire, l'usufruitier d'une maison ne conserverait, dans le même cas, aucun droit, parce que l'usufruitier ne jouit des choses que tant que dure leur forme actuelle, et suivant la destination qui résulte de cette forme (voy. liv. II, tit. IV).

(2) Il faut remarquer la différence qui existe entre le jour *qui cedit* et le jour *qui venit*. *Dies cedit* exprime l'ouverture du legs, *dies venit* désigne son exigibilité, son échéance (L. 123, ff. *de verb. signif.*, 50, 16).

a droit qu'autant qu'ils proviennent de la chose léguée, par exemple, par alluvion : il ne supporterait non plus que les détériorations survenues sans le fait de l'héritier.

D. Expliquez donc à quelle époque s'ouvrent les legs ?

R. En règle générale, le legs s'ouvre (*dies cedit*) à la mort du testateur, s'il est pur et simple, et à l'événement de la condition, s'il est conditionnel. Dès ce moment, le légataire a une espérance acquise, qu'il peut transmettre à ses héritiers, quoique le legs ne soit exigible (*dies venit*) qu'après l'adition d'hérédité, ou même après l'échéance du terme, lorsqu'il y en a un (1). Cependant cette règle souffre exception pour le cas où l'objet du legs serait personnel au légataire, et non transmissible à ses héritiers ; dans ce cas, le legs s'ouvrirait en vain avant son échéance : aussi ne s'ouvre-t-il qu'à l'adition d'hérédité ou à l'expiration du terme. Tel est le legs d'usufruit, d'usage, d'habitation. Tel est encore le legs fait par le testateur à son propre esclave, soit en l'affranchissant, soit en le léguant lui-même à un autre légataire : un pareil legs, s'il s'ouvrait avant l'adition d'hérédité, s'ouvrirait à une époque où l'esclave légataire appartient encore à l'hérédité vacante ; dès lors il se confondrait avec l'hérédité, et serait inutile ; il a donc fallu différer son ouverture jusqu'à l'adition d'hérédité, époque à laquelle l'esclave légataire devient libre ou passe sous la puissance d'un autre légataire

D. En appliquant ces principes au legs du pécule d'un esclave, à qui appartiendraient les acquisitions faites par cet esclave dans l'intervalle entre la mort du testateur et l'adition d'hérédité ?

R. Il faut distinguer : si le pécule avait été légué à l'esclave lui-même, ces acquisitions lui profiteraient ; car son legs, ne s'ouvrant qu'à l'adition d'hérédité, comprendrait toutes les acquisitions qui auraient accru jusque-là son pécule, suivant le principe que la chose léguée doit être délivrée dans l'état où elle se trouve au moment de l'ouverture

(1) La chose léguée purement n'appartient au légataire qu'à l'adition d'hérédité ; jusque-là elle reste à l'hérédité vacante. Si donc on avait légué un esclave, ce serait à l'hérédité vacante, et non au légataire qu'appartiendraient les acquisitions faites par cet esclave avant l'adition. La chose léguée sous condition appartient à l'héritier jusqu'à l'avénement de la condition (voy. *Thémis*, t. II. p. 54 ; *Gaius*, 2,209).

du legs. Mais si le pécule avait été légué à un tiers, comme alors ce serait la mort du testateur qui fixerait l'ouverture du legs, et par conséquent la consistance du pécule, les acquisitions faites par l'esclave après cette époque appartiendraient à l'héritier, et non au légataire, lors toutefois qu'il s'agirait, non d'acquisition provenant des choses dont se composait déjà le pécule, comme du part des esclaves, du croît des animaux, d'une alluvion, etc., mais d'acquisitions provenant de l'industrie de l'esclave ou de toute autre cause.

D. En affranchissant un esclave par testament, est-on censé lui léguer son pécule ?

R. Non ; à la vérité, dans le cas d'un affranchissement entre-vifs, le pécule est censé donné à l'esclave par cela seul qu'on ne le lui retire pas (*si non adimatur*), et qu'on le lui laisse emporter ; mais cette donation tacite ne peut, dans un affranchissement testamentaire, résulter du silence du défunt. L'esclave affranchi par testament ne peut donc demander son pécule aux héritiers qu'autant qu'on le lui aurait légué avec la liberté.

D. L'intention de léguer le pécule à l'esclave qu'on affranchit doit-elle être expresse ? Ne peut-elle pas résulter des circonstances ?

R. Cette intention peut résulter des circonstances ; elle résulte, par exemple de l'ordre donné à l'esclave, non pas simplement de rendre ses comptes, mais, en outre, de payer le reliquat du compte, ou une somme fixe à prendre sur le pécule ; le surplus est évidemment laissé à l'affranchi.

D. Le legs du pécule donne-t-il à l'esclave le droit de répéter les sommes qu'il a dépensées pour le compte de son maître ?

R. Non · quoique le pécule soit une universalité qui comprend les choses incorporelles comme les choses corporelles, et, par conséquent, les créances, soit contre un étranger, soit contre le maître lui-même, Sévère et Antonin ont décidé que le legs du pécule ne donnerait pas à l'esclave le droit de réclamer ce qu'il aurait dépensé pour son maître, en diminuant d'autant son pécule, à moins que le testateur n'eût expressément déclaré que ce droit était compris dans le legs. Mais, dans tous les cas, l'affranchi pourrait faire entrer ces dépenses en compensation avec ce que le maître aurait lui-même payé pour le pécule.

D. Le même objet ne peut-il pas être légué à plusieurs personnes ?

R. Oui ; le même objet peut être légué à plusieurs personnes, soit conjointement, soit séparément (*sive conjunctim, sive disjunctim*) : conjointement, comme si l'on dit : *Je lègue ma maison à Titius et à Sempronius ;* séparément, comme si, après avoir dit quelque part dans le testament : *Je lègue ma maison à Titius*, on ajoute plus bas : *Je lègue la même maison à Sempronius.* Dans le premier cas, la chose n'est léguée qu'une fois ; dans le second cas, elle est léguée autant de fois qu'il y a de légataires.

D. Quel est l'effet d'un legs par lequel le même objet est donné à plusieurs ?

R. Dans l'ancien droit, la chose léguée *per damnationem* était due par l'héritier autant de fois qu'elle avait été léguée. Si donc elle avait été léguée *séparément* à Titius et puis à Sempronius, l'héritier la devait entière à chacun d'eux ; et comme il ne pouvait la donner en nature qu'à l'un, il devait en fournir l'estimation à l'autre (*Gaius*, II, 205). Réciproquement, si la même chose n'avait été donnée qu'une fois *conjointement* à Titius et à Sempronius, l'héritier n'en devait que la moitié à chacun d'eux ; et si l'un ne pouvait ou ne voulait recueillir sa part, l'héritier quitte envers lui, ne voyait ni augmenter, ni diminuer son obligation envers l'autre ; il n'y avait jamais lieu à accroissement au profit du légataire non défaillant (1).

La chose léguée *per vindicationem* ou *per præceptionem* ne pouvait évidemment être léguée qu'une fois ; car on ne peut aliéner qu'une fois sa chose. Si donc il y avait plusieurs légataires de la même chose, qu'ils fussent appelés conjointement ou séparément, ils ne pouvaient jamais venir qu'en concours ; mais lorsque l'un refusait, ou était dans l'impuissance de recueillir le legs, l'autre, qui ne trouvait pas de concurrent, pouvait revendiquer la totalité et profiter seul du legs entier.

(1) Le legs *per damnationem* ne conférait qu'une créance. Or, il est de principe que les créances attribuées conjointement à plusieurs se divisent de plein droit ; c'est donc comme si chacun n'avait qu'une part ; il n'y a pas lieu à un accroissement. Il en est autrement des droits réels qui, conférés à plusieurs personnes, demeurent indivis et établissent une solidarité nécessaire entre les ayants droit jusqu'au partage. Voilà pourquoi le legs *per vindicationem* donnait seul lieu à accroissement, dans le cas de défaillance de l'un des colégataires.

Justinien, ayant supprimé la différence entre les diverses espèces de legs, déclare (§ 8), sans distinction, que la chose qui aura été léguée à plusieurs, soit conjointement, soit séparément, se partagera en cas de concours, et que si l'un des légataires ne peu ou ne veut profiter du legs, la totalité appartiendra aux autres.

D. La condition des légataires est-elle absolument la même, dans le cas où ils sont appelés *conjointement*, et dans celui où ils le sont *séparément ?*

R. Non, lorsque la même chose a été léguée séparément à plusieurs légataires, elle est vraiment léguée en entier à chacun d'eux ; s'il y a partage, ce n'est que postérieurement et par l'effet du concours. Lors donc que l'incapacité ou la répudiation de l'un laisse l'autre sans concurrent, ce dernier, en obtenant la totalité, reçoit moins un accroissement qu'il n'évite une diminution, un *décroissement*. Aussi il ne peut pas s'en tenir à la part que lui aurait laissée le concours, en rejetant celle qu'aurait eue son colégataire ; mais s'il prend la totalité, il la prend sans être tenu des charges imposées à son légataire. Au contraire, lorsque la même chose a été léguée par la même disposition à plusieurs légataires, c'est par un *accroissement* proprement dit que l'un d'eux peut avoir la totalité, dans le cas où l'autre est incapable ou répudié ; car la même chose n'ayant été donnée qu'une fois aux légataires conjoints, chacun d'eux ne pouvait d'abord avoir qu'une portion. Aussi celui qui reste seul légataire peut refuser la part du défaillant ; mais il ne peut l'accepter qu'avec ses charges particulières (*L. un* § 11 C. *de cad. toll.* 6, 51).

D. L'accroissement se fait-il de personne à personne, ou de portion à portion ?

R. Il se fait de portion à portion ; de sorte que si l'un des colégataires venait à décéder après l'ouverture du legs, la part qu'il aurait transmise à ses héritiers s'accroîtrait de toutes les portions devenues caduques (1).

D. Comment s'opère l'accroissement lorsqu'il y a plusieurs

(1) Dans le legs d'un usufruit, ce n'est pas seulement la part du légataire renonçant ou incapable qui accroît à ses colégataires, mais encore celle du légataire qui fait défaut après l'avoir acquise : l'accroissement se fait de personne à personne (voy. liv. II, tit. IV).

légataires conjoints entre eux, et disjoints relativement à un ou à plusieurs autres ?

R. Les légataires conjoints ne forment qu'une seule tête, de sorte que la part qui leur est attribuée ne se subdivise qu'entre eux, et ne peut accroître aux autres légataires qu'autant qu'il n'existe aucun des conjoints. Si donc on avait légué la même chose : 1o à *Primus* et à *Secundus* conjointement ; 2o à *Tertius* seul ; 3o à *Quartus* et à *Quintus* conjointement, le défaut de *Secundus* ne profiterait qu'à *Primus*. Réciproquement, le défaut de *Quartus* et de *Quintus* profiterait pour moitié à *Tertius*, et pour autre moitié à *Primus* et à *Secundus*, qui la subdiviseraient entre eux.

D. Les colégataires que vous avez appelés conjoints ou disjoints, suivant qu'ils sont désignés dans la même disposition ou dans des dispositions différentes, ne sont-ils pas tous appelés conjoints sous un certain rapport ?

R. En effet, les colégataires à qui la même chose a été léguée sont toujours conjoints quant à la chose léguée : aussi appelle-t-on conjoints *re et verbis* ceux à qui la même chose a été léguée par une seule disposition ; et conjoints *re* ou *re tantum*, ceux à qui la même chose a été léguée séparément.

D. N'y a-t-il pas une troisième classe de légataires conjoints ?

R. On appelle conjoints *verbis tantum* les légataires à qui une chose a été léguée par une seule disposition, mais avec désignation de la part de chacun d'eux, comme lorsque le testateur a dit : *Je lègue tel fonds à Titius et à Sempronius, chacun pour une moitié.* Dans ce cas, chaque portion est considérée comme l'objet particulier d'un legs ; dès lors il n'existe point de concurrence entre les légataires conjoints *verbis tantum*, et, par conséquent, il n'y a point lieu à accroissement entre eux ; la part du défaillant profite à l'héritier. Toutefois il en serait différemment si le testateur, en assignant des parts, n'avait point voulu faire des legs distincts, mais seulement régler d'avance l'exécution du legs fait à plusieurs, pour le cas où il y aurait concours. Pour savoir s'il y a lieu à l'accroissement, il faut donc examiner si le testateur a voulu désigner les parts dans l'exécution, ou les assigner dans la disposition même (v. Pothier, *Pand.*, XXX, 422 et 431 ; M. *Ducaurroy*, n° 756).

D. Le droit d'accroissement n'avait-il pas été modifié,

dans le droit intermédiaire, par l'effet de lois particulières ?

R. Oui ; les lois Julia et Papia Poppea rendues sous Auguste, et qui ont joué un grand rôle dans la jurisprudence romaine sous le nom de lois *caducaires* (voy. p. 51 et liv. II, tit. XIV), avaient apporté à la théorie du droit d'accroissement de graves modifications. Ces lois, dans la vue de favoriser les mariages et la procréation des enfants légitimes, avaient déclaré les célibataires *(cœlibes)* incapables de rien recevoir par testament, si ce n'est d'un proche parent (1), et les mariés sans enfants *(orbi)* incapables de recevoir au-delà de la moitié des dispositions faites en leur faveur.—Les portions de biens qui, d'après le droit civil, auraient dû revenir aux célibataires ou aux mariés sans enfants et dont ils se trouvaient privés, en dehors des règles ordinaires, en vertu de la loi Papia Poppea, se nommaient *caduca*, parce qu'elles tombaient en quelque sorte des mains de celui qui était appelé à les recueillir *(caducum appellatur, velut ceciderit ab eo.* Ulp., XVII, 1). Quant aux dispositions testamentaires qui, quoique valables dans l'origine, tombaient en défaillance d'après les anciens principes du droit civil, par exemple, parce que les appelés étaient morts avant le testateur, ou parce qu'ils les avaient répudiées, la loi Papia Poppea les enleva aux règles de l'ancien droit sur l'accroissement, pour les soumettre aux mêmes règles que les *caduca ;* on disait qu'elles étaient *in causa caduci*, dans la condition des caduques (2).

Voici maintenant à qui étaient déférés les *caduca* ou les dispositions tombées *in causa caduci.* La loi Papia Poppea les attribuait à ceux des héritiers institués ou légataires dénommés dans le même testament qui avaient des enfants *(patres).* Et comme il pouvait se faire que le testament contînt les noms de plusieurs personnes ayant des enfants, la loi Papia Poppea avait déterminé un ordre d'attribution ; elle appelait à profiter des *caduca :* 1o les légataires conjoints *re et verbis*, mais aussi, ce qui est assez singulier, les conjoints

(1) La loi Papia Poppea ne s'appliquait pas aux descendants ou ascendants, qui jouissaient par conséquent de l'ancien droit, du moins jusqu'au troisième degré (*Ulp.*, T. 18).

(2) A l'égard des dispositions nulles dès l'origine, et qu'on désignait sous le nom spécial de *pro non scriptis*, la loi Papia Poppea ne s'y appliquait pas, et elles continuèrent à être régies par les anciennes règles du droit d'accroissement.

verbis tantum (1) ; 2o l'héritier institué ; 3o les légataires même non conjoints ; 4o et enfin, à défaut de toute personne ayant des enfants, le fisc. — Ce ne fut que plus tard qu'une constitution d'Antonin Caracalla préféra le fisc à tout le monde (2).

Les attributions faites ainsi aux héritiers ou légataires ayant des enfants, en vertu non d'un droit d'accroissement, mais des dispositions spéciales de la loi Papia Poppea, constituaient un droit à part, connu sous le nom de *jus caduca vindicandi*. C'était un mode d'acquisition qui rentrait dans les moyens d'acquérir *ex lege* (voy. liv. II, tit. 1).

Enfin, il faut observer que, pour augmenter les chances de caducité, la loi Papia Poppea exigeait que le légataire vécût et conservât sa capacité jusqu'à l'ouverture du testament, en sorte que, sous l'empire de cette loi, c'était à cette dernière époque, et non à celle de la mort, que le *dies cedebat* pour le legs pur et simple.

D. L'effet des lois caducaires n'avait-il pas cessé dès avant Justinien ?

R. Oui : la constitution de Caracalla avait déjà détruit le privilège de la paternité, en substituant la confiscation au *jus caduca vindicandi*. Un des fils de Constantin (C. 8, 58), avait rendu la capacité de recevoir aux célibataires et aux mariés sans enfants. Justinien supprima expressément la théorie des caduques, dans une constitution spéciale (L. *un. C. de caducis tollendis*), dans laquelle il rétablit les prin-

(1) Quant aux colégataires conjoints *re tantum*, il est probable qu'ils profitaient de la caducité, non pas par l'effet du *jus caduca vindicandi*, mais en vertu de leur droit propre et par l'effet de l'absence du concurrent.

(2) Ce n'est que par le manuscrit de Gaius (2, § 206 et 207) qu'on a connu l'ordre d'attributions que nous venons d'indiquer. Et, quoique les fragments d'Ulpien disent positivement ; *Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur* (t. XXVII, § 2), ce qui annonçait bien qu'il n'en était pas ainsi auparavant, les anciens commentateurs ont tous cru que la loi Papia Poppea avait attribué les *caduca* directement au fisc. La théorie du droit d'accroissement et du *jus caduca vindicandi*, sous l'empire des lois caducaires, a été, de nos jours, l'objet d'études particulières et fort intéressantes. Voy. *Essai sur le droit d'accroissement*, par d'Hauthuile, 1834, broch. in-8o ; *Analyse historique du droit d'accroissement entre légataires*, par Holtius, Liège, 1830, in-8 ; et *Dissertation sur le droit d'accroissement*, de M. Machelard.

cipes du droit d'accroissement tels que nous venons de les exposer (1).

TITRE XXI.—*De la révocation et de la translation des legs.*

D. Comment les legs peuvent-ils être révoqués ?

R. Les legs peuvent être révoqués par la seule volonté du testateur à la différence de l'institution d'héritier, qui ne peut être révoquée que dans les formes légales (voy. liv. II, titre XVII). La révocation d'un legs est expresse ou tacite, suivant que l'intention de révoquer est expressément déclarée ou manifestée par les circonstances.

D. La révocation tacite du legs résulte-t-elle toujours de la vente que le testateur aurait faite de la chose léguée ?

R. La vente ne révoque pas par elle-même le legs, car on peut léguer la chose d'autrui (2) ; c'est uniquement l'intention qui aurait été jointe à la vente qui opère la révocation (3). Ainsi le legs resterait valable, si le testateur n'avait pas vendu spontanément, mais parce qu'il y était obligé par un besoin urgent. Ce que nous disons de l'aliénation de la chose léguée s'appliquerait à sa mise en gage : elle n'opérerait révocation qu'autant que le testateur aurait eu l'intention de révoquer. — Dans tous les cas, l'aliénation ou la mise en gage d'une partie de la chose laisse subsister le legs pour le surplus (§ 12, tit. précéd.).

D. Lorsque l'intention de révoquer est manifestée tacitement, la révocation s'opère-t-elle d'après le droit civil (*ipso jure* ; voy. le tit. *des exceptions*) ?

R. Non ; mais l'action du légataire peut être repoussée

(1) Les mots de *caducité*, de dispositions *caduques*, sont néanmoins restés dans la langue du droit, mais détournés de leur signification spéciale et historique, comme s'appliquant à toute disposition qui, valable dans son principe, tombe par un événement postérieur, par exemple, par le prédécès du légataire ou son refus.

(2) Il est évident que, dans l'ancien droit, le legs *per vindicationem* était annulé si la chose léguée ne se trouvait pas dans le patrimoine du testateur lors de son décès.

(3) Aussi le legs serait-il révoqué, si telle avait été l'intention du testateur en aliénant, malgré la nullité de l'aliénation, et malgré le rachat de la chose aliénée.

par l'exception de dol que le préteur accorde à l'héritier (voy. *Gaius*, 2, § 198).

D. Comment se fait la révocation expresse ?

R. La révocation expresse se fait, soit dans le même testament que le legs (1), soit dans un codicille postérieur. Dans l'ancien droit, la révocation devait (2) se faire en termes directement contraires à la formule employée dans le legs (*do, lego, — non do, non lego*) ; en cela les legs différaient des fidéicommis, qui pouvaient être révoqués avec quelques paroles que ce fût. Justinien, qui a assimilé les legs aux fidéicommis, a permis de révoquer un legs dans les termes qu'il plairait au testateur d'employer.

D. La révocation peut-elle être conditionnelle ?

R. Oui : le legs est alors réputé fait sous la condition contraire à celle de la révocation. Mais cela ne l'empêche pas d'être soumis à la règle catonienne ; car la révocation ne peut que diminuer les chances favorables au légataire, sans jamais les augmenter (L, 14, ff. *de adim.* 34, 4).

D. Le testateur ne peut-il pas transférer le legs d'une personne à une autre ?

R. Oui ; par exemple, il peut dire : *L'esclave Stichus, que j'ai légué à Titius, je le lègue à Seius* (3). La translation se fait de la même manière que la révocation expresse, c'est-à-dire soit dans le même testament, soit dans un codicille postérieur au testament.

D. Quels sont les effets de la translation ?

R. La translation a deux effets : elle détruit le premier

(1) La confection d'un nouveau testament anéantirait le premier testament, et, par conséquent, tous les legs qu'il contiendrait ; mais il s'agit ici de la révocation d'un legs qu'on peut faire sans détruire les autres parties du même testament.

(2) Du moins d'après le droit civil ; car le préteur accordait à l'héritier l'exception de dol, lorsque la révocation n'avait pas été faite suivant la formule (L. 9, ff. *de adim.*, 34, 4).

(3) Il est souvent difficile de distinguer si le testateur a voulu faire une translation proprement dite, ou s'il a voulu appeler plusieurs légataires conjointement *re tantum*, ou bien substituer vulgairement à un légataire pour le cas où celui-ci ne voudrait ou ne pourrait pas recueillir. Il faut rechercher quelle a été l'intention du testateur, car c'est de cette intention que tout dépend.

legs et en forme un second. Ces deux effets sont indépendants l'un de l'autre. Ainsi, bien que la révocation du premier legs fût inutile, par exemple, parce que le légataire était prédécédé, le second legs n'empêcherait pas la révocation du premier (L. 20, ff. *de adim.* 34, 4).

TITRE XXII.—*De la loi* Falcidie.

D. Le testateur ne pouvait-il pas, d'après la loi des Douze Tables, épuiser en legs la totalité de son patrimoine ?

R. Oui ; les termes de la loi des Douze Tables laissaient à cet égard une entière liberté au testateur : UTI LEGASSIT SUÆ REI, ITA JUS ESTO.

D. Quel inconvénient en résultait-il ? Comment chercha-t-on à y remédier ?

R. Les héritiers institués n'ayant aucun intérêt à accepter une hérédité absorbée par les legs, il arrivait souvent qu'ils la répudiaient, que les testateurs mouraient intestats, et que les legs devenaient inutiles. On voulut remédier, dans l'intérêt même des testateurs, à cet état de choses. On porta donc la loi Furia (1), d'après laquelle, à l'exception de quelques personnes, nul ne pouvait recevoir par legs ou par donation à cause de mort plus de mille as. Mais cette loi n'atteignit pas son but ; car en multipliant le nombre des légataires, le testateur pouvait encore épuiser la totalité de sa fortune ; aussi fut ensuite décrétée la loi Voconia, qui défendit de léguer à personne plus qu'il ne restait aux institués. Cette loi n'approchait pas non plus assez près du but qu'on s'était proposé ; car, en distribuant ses biens à un grand nombre de légataires, dont aucun en particulier ne recevait plus que l'héritier, le testateur pouvait réduire à presque rien le profit de l'institution. Vint donc enfin la loi Falcidie (2) qui a décidé que l'on ne pourrait léguer plus des neuf douzièmes *(dodrantem)* de l'hérédité, de manière que les héritiers quel

(1) La loi *Furia testamentaria*, qu'il ne faut pas confondre avec la loi *Furia* ou *Furia caninia*, qui restreint la licence des affranchissements testamentaires (voy. liv. I, tit. VII), remonte, suivant Humboldt, à l'an 571. La loi *Voconia* a été portée en 585, sur la proposition du tribun *Voconius Saxa*.

(2) Les lois Furia, Voconia et Falcidie, sont des plébiscites qui portent les noms des tribuns qui les ont proposés (voy. *Introd*., p. 38). La loi Falcidie a été portée en 714 (voy. p. 52).

que soit leur nombre *(sive unus hæres sit, sive plures)*, puissent retenir le quart des biens laissés par le testateur (*Gaius*, 2, 224 *et seq.*). Cette réserve s'appelle, du nom de la loi qui l'a établie, *la quarte falcidie*, ou même *la falcidie*.

D. Lorsqu'il y a plusieurs héritiers institués, la rétention du quart se fait-elle pour chacun en particulier, et indépendamment des legs qui peuvent grever les autres parts ?

R. Oui. Si donc le testateur avait institué deux héritiers, Titius et Seius, et qu'il eût absorbé, ou du moins trop grevé la part du premier, sans mettre aucun legs à la charge du second, Titius pourrait faire la retenue sur les legs dont il serait personnellement chargé, et on ne pourrait pas s'y opposer sur le motif que le quart des biens reste à Seius.

D. Comment s'applique la loi Falcidie lorsque deux parts héréditaires, dont l'une est surchargée et l'autre intacte ou moins grevée qu'elle n'aurait pu l'être, se réunissent par l'effet du droit d'accroissement ?

R. Il faut distinguer : si c'est la part surchargée qui accroît à celle non ou peu grevée, on retient la quarte falcidie sur chaque portion, comme si elles avaient été recueillies par différents héritiers ; si, au contraire, c'est la part non grevée qui accroît à la part surchargée, la quarte se déduit sur la totalité, comme si un seul héritier avait été institué pour le tout dès l'origine (L. 78, ff. *ad leg. Falc.* 35, 2). La falcidie s'exerce aussi sur la totalité lorsque les différentes parts se réunissent sur la même tête par l'effet d'une substitution (L. 87, § 3, ff. *eod.*).

D. Comment se forme la masse d'après laquelle on peut estimer si la valeur des legs excède les trois quarts de l'hérédité ?

R. Cette masse se compose de toutes les choses corporelles et incorporelles qui existaient dans l'hérédité au décès du testateur. Les créances n'y entrent que jusqu'à concurrence de la solvabilité du débiteur ; les créances conditionnelles, jusqu'à concurrence de leur valeur vénale. On y comprend ce dont l'héritier, débiteur du défunt, se trouve libéré par la confusion opérée en sa personne. — Les choses détournées par l'héritier n'y entrent point, mais le quart qui en est déduit est attribué au fisc.

D. Comment se fait l'estimation des choses comprises dans la masse ?

R. Les choses comprises dans la masse s'estiment à leur juste valeur (sans égard aux appréciations déclarées par le testateur, ou au prix d'affection que pourrait y attacher telle ou telle personne), en prenant pour base l'état de ces choses et leur prix au moment de la mort du testateur.

D. Les accroissements ou les diminutions survenus dans l'hérédité après la mort du testateur ne sont donc pas pris en considération ?

R. Non. Ainsi les legs n'en seraient pas moins réductibles s'ils absorbaient la valeur du patrimoine au moment de la mort du testateur, quoique l'hérédité se trouvât ensuite augmentée, soit par les acquisitions des esclaves héréditaires, soit par le croît des animaux, etc., à tel point qu'après avoir prélevé le montant des legs, l'héritier eût encore un quart libre. Réciproquement, les legs devraient être acquittés en entier, s'ils n'excédaient pas les trois quarts de l'hérédité au moment de la mort du testateur, malgré les pertes qui l'auraient ensuite diminuée (1). Remarquez toutefois que l'héritier, en répudiant, anéantirait le testament et tous les legs qu'il contiendrait, et qu'ainsi les légataires sont intéressés à s'arranger avec l'institué lorsque les biens ont diminué de valeur avant l'adition, de peur qu'il ne répudie une hérédité sans profit (2).

D. Avant de calculer la Falcidie, ne doit-on pas faire sur la masse certaines déductions ?

(1) Il ne faut pas conclure de là que tout ce qui périt depuis la mort du testateur périt pour l'héritier seul ; car un corps certain et déterminé périt toujours pour tous ceux qui y auraient un droit quelconque. Ainsi, le légataire perd son droit de propriété ou de créance sur l'objet certain qui périt par cas fortuit ; l'héritier n'est point tenu de lui en payer l'estimation.

(2) Lorsque les institués, étant aussi héritiers légitimes, répudiaient l'institution afin de recueillir la succession *ab intestat*, et de se dispenser d'exécuter les volontés du défunt, le droit prétorien conservait l'action contre eux aux légataires et fidéicommissaires.—D'après une novelle de Justinien (*Nov.* 1, cap. 1), les légataires, les fidéicommissaires ou les esclaves affranchis dans le testament, peuvent d'après un ordre établi et en donnant caution d'exécuter toutes les dispositions du testateur, recueillir, par préférence aux héritiers légitimes, l'hérédité abandonnée par les institués (voy. liv. III, tit. IX).

R. Oui ; il faut déduire de la masse les dettes du défunt (1), les frais funéraires et la valeur des esclaves affranchis, ou que l'héritier serait chargé d'affranchir (L. 36, § 2, ff. *ad leg. Falc.* 35, 2). C'est ce qui reste après ces déductions qui forme en définitive la masse sur laquelle l'héritier peut retenir un quart. Si les legs excédaient cette masse, on retrancherait d'abord l'excédant *(Quod extra bonorum quantitatem est)* ; on ferait ensuite la réduction falcidienne. Cette réduction se fait entre tous les légataires indistinctement (2) et en proportions des valeurs laissées à chacun d'eux.

D. Impute-t-on sur le quart réservé à l'institué ce qu'il a reçu du défunt à un autre titre que celui d'héritier ?

R. Non ; ainsi on n'impute sur ce quart ni les donations qui auraient été faites à l'héritier, ni les legs ou fidéicommis qui seraient faits à l'un des héritiers, du moins pour la part dont ses cohéritiers seraient tenus envers lui ; car la portion du legs dont l'héritier légataire serait tenu envers lui-même, se confondrait avec sa part héréditaire, et c'est réellement à titre d'héritier qu'il la recevrait (L. 74, ff. *ad leg. Falc.* 35, 2).

D. La loi Falcidie réduit-elle les legs directement ?

R. Non ; elle autorise seulement l'héritier, lorsqu'il est détenteur, à opposer l'exception de dol au légataire jusqu'à concurrence du quart ; et, dans le cas où le légataire détiendrait la chose léguée, par exemple, parce qu'elle lui aurait été remise par le testateur à titre de dépôt ou de commodat, à en demander la restitution, ou même à revendiquer la partie qu'il lui est permis de déduire.

D. Lorsque l'héritier a acquitté les legs sans user du bénéfice de la loi Falcidie, peut-il répéter ce qu'il a payé au-delà des trois quarts ?

R. Dans l'ancien droit, l'héritier n'avait aucune action en répétition contre les légataires pour ce qu'il avait indûment payé, même par erreur, quoiqu'on admît la répétition pour

(1) Car il n'y a de bien que ce qui reste après les dettes payées, *bona intelliguntur cujusque quæ deducto ære alieno supersunt* (L. 39, § 1, ff. *de verb. signif.*, 50, 16).

(2) Cependant il y a quelques exceptions, notamment pour le cas où le testateur aurait ordonné d'ajouter à tel legs ce dont il aurait été réduit ; la réduction porte alors en entier sur les autres legs (L. 64, 88, § 2, D. *ad leg. Falc.*, 35, 2).

les fidéicommis acquittés par erreur (*Gaius*, 2, 283). Depuis que les legs ont été assimilés aux fidéicommis, on peut croire qu'en leur appliquant une constitution de Gordien (L. 9, C. *ad leg. Falc.* 35, 2), relative aux fidéicommis, l'héritier pourrait répéter ce qu'il aurait indûment payé aux légataires par erreur de fait, mais non ce qu'il aurait payé sciemment ou par erreur de droit.

D. La loi Falcidie s'applique-t-elle aux testaments militaires ?

R. Non : elle ne s'y est jamais appliquée.

D. Le testateur peut-il défendre la rétention du quart ?

R. Il ne le pouvait pas avant les Novelles de Justinien ; la renonciation même de l'héritier au bénéfice de la loi Falcidie, faite avant la mort du testateur, aurait été non avenue ; mais suivant la novelle 1 (cap. 2, § 2), la quarte Falcidie ne peut point être retenue lorsque telle est l'intention exprimée du testateur ; elle ne peut pas être retenue, alors même que le testateur n'a point fait de prohibition. si l'héritier n'a fait inventaire, parce qu'on présume qu'il n'y aurait pas lieu d'appliquer la loi Falcidie si on n'avait rien soustrait. Il paraît même qu'à défaut d'inventaire, l'héritier serait tenu de payer les legs intégralement, et quoiqu'ils excédassent la valeur totale de l'hérédité.

Titre XXIII. — *Des hérédités fidéicommissaires et du sénatus-consulte Trébellien.*

D. Quelle fut l'origine des fidéicommis ?

R. Il arrivait souvent qu'un citoyen romain voulait avantager, par acte de dernière volonté, une personne avec laquelle il n'avait point faction de testament ou qui n'aurait pu recueillir qu'une partie de ce qui lui aurait été laissé (1). Pour arriver indirectement à ce but, on imagina de faire l'institution ou le legs en faveur d'un institué ou d'un légataire capable de recueillir, en le priant (2) de remettre à celui que l'on voulait réellement avantager tout ou partie de l'hérédité ou du legs. Tel furent les premiers fidéicommis (*Gaius*,

(1) Par exemple, un *peregrinus*, un célibataire avant Adrien, une personne incertaine.

(2) Justinien dit que, dans le principe, les fidéicommis n'étaient

2,285). L'héritier ou le légataire n'était pas obligé civilement à remplir le vœu ainsi commis à sa religion et à sa bonne foi (*fideicommissa*) ; mais, dans la suite, Auguste ordonna aux consuls d'interposer leur autorité pour faire exécuter les fidéicommis. L'intervention de ces magistrats, qui paraissait juste et qui était secondée par l'opinion publique, devint insensiblement une juridiction habituelle ; les fidéicommis obtinrent une si grande faveur, que bientôt on créa, pour statuer sur le droit en matière de fidéicommis, un préteur spécial que l'on appela *préteur fidéicommissaire* (1).

D. La faculté de faire, sous la forme de fidéicommis, des dispositions en faveur des personnes incapables d'être instituées ou de recevoir un legs a-t-elle été maintenue ?

R. Non ; cette faculté reçut des modifications successives, et dans la suite on fit prévaloir le principe que, pour recevoir un fidéicommis, il fallait la même capacité que pour recevoir un legs (2). Du reste, les fidéicommis demeurèrent exempts de la plupart des règles strictes du droit civil, auquel les legs et les institutions restèrent soumis (3).

D. Il était donc important de ne pas confondre un legs avec un fidéicommis : comment le distinguait-on ?

pas obligatoires, parce que nul n'est tenu d'exécuter une prière ; il est plus exact de dire que le testateur se servait de termes déprécatifs, parce qu'il ne pouvait pas exiger : car si le testateur avait pu assurer l'effet de ses dispositions en donnant un ordre positif, il n'aurait pas employé la voie indirecte des prières, et n'aurait pas remis à la discrétion d'un tiers ce qu'il aurait pu faire lui-même (voy. M. *Ducaurroy*, No 777).

(1) Ce préteur, au lieu de renvoyer les parties et l'examen de la cause devant le juge, suivant la marche ordinaire de la procédure (voy. le tit. *des actions*), statuait directement, c'est-à-dire sans donner aucune action (*Gaius*, 2, 278). Voy. p. 62.

(2) Telle était la règle générale au temps d'Ulpien ; mais cette règle avait des exceptions (voy. *Ulp.*, t. XXV. §§ 6, 7, 30).

(3) Ainsi, tandis que les legs ne pouvaient être faits que par un testateur, et ne pouvaient être imposés qu'à l'héritier institué, les fidéicommis purent toujours être faits même *ab intestat*, et être mis à la charge de tous ceux qui, sans être héritiers, auraient reçu quelque chose du défunt. Nous avons signalé plusieurs autres différences (voy. tit. XX, *des legs*). Remarquez qu'à la différence du legs, le fidéicommis ne pouvait pas transférer directement la propriété, ni la revendication ; il n'imposait jamais qu'une obligation, et ne donnait qu'une action personnelle.

R. On le distinguait par les termes dont le testateur s'était servi. Le legs devait être fait (*legis modo et civilibus verbis*) (1) par des formules sacramentelles ; toute disposition exprimée d'une autre manière ne pouvait être qu'un fidéicommis. Mais lorsque Constantin eut dispensé d'employer pour les legs des paroles consacrées, la distinction devint difficile à faire ; c'est sans doute ce qui engagea Justinien à assimiler les legs aux fidéicommis, et à confondre leurs effets.

D. Quelles choses pouvait-on donner par fidéicommis ?

R. On pouvait donner par fidéicommis, soit des objets particuliers (voy. le tit. suiv.), soit des universalités de droits et d'actions.

D. Un fidéicommis pouvait donc comprendre la totalité ou une quote-part de l'hérédité ?

R. Oui, et un tel fidéicommis pouvait être fait, non seulement par le testament, mais encore *ab intestat* (par un codicille ; voy. tit. XXV ci-après) (2). Lorsqu'on voulait disposer par testament de la totalité ou d'une quote-part de l'hérédité en faveur d'un fidéicommissaire, il fallait instituer un héritier (3) et le charger ensuite de restituer à telle personne. Ainsi, après avoir écrit : *Lucius Titius hæres esto*, on ajou-

(1) Voy. *Ulp.*, tit. XXIV, § 1 ; tit. XXV, § 1. Voici comment ce jurisconsulte définissait le fidéicommis : *Quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur ; nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.*

(2) La faculté d'imposer un fidéicommis aux héritiers *ab intestat* paraît contrarier le principe que nul ne peut être chargé de restituer que ce qu'il a reçu (L. 1, § 17, ff. *ad. Sc. Treb.*, 36. 1) ; car, peut-on dire, les héritiers légitimes ne reçoivent rien du défunt, mais de la loi. Mais il faut remarquer que le défunt a réellement donné à ses héritiers légitimes en ne les excluant pas ; c'est une volonté tacite, mais réelle qui les rend héritiers (L. 8, § 1, ff. *de jur. codicil.*, 29, 7). Aussi, celui qui ne peut tester ne peut point imposer de fidéicommis à ses héritiers légitimes, parce qu'alors c'est uniquement de la loi que ceux-ci tiennent la succession.—Les legs, à la différence des fidéicommis, ne pouvaient jamais exister sans testament (*nisi ex testamento*, § 10). Cependant ils pouvaient être faits dans un codicille, mais ce codicille devait être confirmé par un testament (*Gaius*, 2270 ; voy. tit. XXV ci-après),

(3) En effet, sans l'institution d'héritier, le testament, et par suite le fidéicommis qu'il contient, seraient nuls. C'est ainsi qu'il faut entendre le § 2 rapproché du § 10.

tait : *Rogo te, Luci Titi, ut cum primum poteris hæreditatem meam adire, eam Caio Seio reddas, restituas.* Du reste, le fidéicommis, celui même qui comprenait toute l'hérédité, pouvait être laissé non seulement purement ou sous condition, mais encore à terme (1).

D. Comment s'opère la restitution des objets héréditaires ?

R. Elle s'opère, même avant la tradition, par le consentement de l'héritier qui se dessaisit, en faveur du fidéicommissaire, du droit qu'il a sur ces objets comme héritier (L. 37 et 62, ff. *ad Sc. Trebel.* 36, 1).

D. L'héritier cessait-il d'être héritier après la restitution de l'hérédité faite au fidéicommissaire ?

R. Non, il restait toujours héritier ; mais le fidéicommissaire, sans être héritier proprement dit, avait fini par être assimilé, tantôt à l'héritier, en vertu du Sc. Trébellien, tantôt au légataire partiaire (§ 3), en vertu du Sc. Pégasien.

D. Expliquez les progrès du droit à cet égard.

R. Anciennement, l'héritier restituait l'hérédité au fidéicommissaire en la lui vendant pour un prix fictif ; alors celui-ci n'était considéré ni comme héritier, ni comme légataire partiaire, mais comme acheteur de l'hérédité (*Gaius.* 2,252). Or, celui qui vend une hérédité ne se dépouille point du titre indélébile d'héritier, il ne peut céder que les avantages et les charges résultant de ce titre ; aussi reste-t-il seul exposé aux actions des créanciers et des légataires, comme il continue à avoir seul les actions actives contre les débiteurs héréditaires ; mais l'héritier et l'acheteur se garantissent respectivement, par les stipulations dites *emptæ et venditæ hæreditatis*, un recours pour tout ce que l'héritier recevrait ou payerait en cette qualité. Telles étaient les stipulations qui intervenaient entre l'héritier *fiduciaire* (2) et le fidéicommissaire.

D. Ce mode de restitution n'offrait-il pas un inconvénient ?

R. Oui ; il arrivait souvent que les héritiers, ne voulant

(1) A la différence de l'institution d'héritier (voy. liv. II, tit. XIV).

(2) On appelle *fiduciaire* celui qui est chargé d'acquitter le fidéicommis.

pas rester exposés aux poursuites des créanciers et légataires, et craignant que l'insolvabité du fidéicommissaire ne rendît leur recours inefficace, refusaient d'accepter l'hérédité, et que leur refus annulait tout le testament. C'est pour cela que fut porté (1) le sénatus-consulte Trébellien, qui décida qu'après la restitution de l'hérédité par suite du fidéicommis, toutes les actions qui, dans la rigueur du droit (*jure civili*), se donnaient pour ou contre l'héritier, seraient données (2) pour ou contre la personne à laquelle l'hérédité aurait été restituée en vertu d'un fidéicommis. C'est depuis ce sénatus-consulte, que le fidéicommissaire fut assimilé à l'héritier dont il prenait la place.

D. Cette mesure fut-elle suffisante pour engager les héritiers à accepter l'hérédité ?

R. Non : le Sc. Trébellien garantissait les héritiers de tout risque, mais il ne leur accordait aucun bénéfice autre que celui qui pouvait leur avoir été réservé par le testateur. Il arrivait donc souvent que les institués, chargés de restituer toute ou presque toute l'hérédité, refusaient de faire adition pour un avantage nul ou presque nul. En conséquence, on autorisa les héritiers à retenir le quart sur les fidéicommis, soit d'universalité soit d'objets particuliers, comme ils pouvaient retenir le quart sur les legs en vertu de la loi Falcidie. Tel fut le premier objet du Sc. Pégasien (3).

D. Lorsque les héritiers retenaient le quart en vertu du Sc. Pégasien, les actions héréditaires passaient-elles au fidéicommissaire et se donnaient-elles pour ou contre lui ?

R. Non. Le Sc. Pégasien, en accordant aux héritiers la rétention du quart, laissait reposer sur leur tête toutes les conséquences du titre d'héritier, c'est-à-dire toutes les actions actives et passives. Le fidéicommissaire n'était donc

(1) L'an de Rome 815, pendant le règne de Néron, sous le consulat de Trébellius Maxime et Senèque.

(2) Les actions données pour ou contre le fidéicommissaire, reposant sur une qualité fictive, se distinguaient sous le nom d'actions *utiles* des actions directes accordées pour ou contre l'héritier proprement dit. En effet, c'est au restituant à qui le Sc. n'a pas ôté la qualité d'héritier, et contre lui, que compétaient encore les actions directes, mais ces actions étaient rendues inefficaces par l'exception *restitutæ hæreditatis* accordée par le Sc.

(3) Porté en 829, sous le règne de Vespasien, et sous le consulat de Pégase et de Pusion.

point, dans ce cas, assimilé à un héritier, mais à un légataire partiaire ; aussi les stipulations usitées entre l'héritier et le légataire partiaire l'étaient également entre l'héritier et le fidéicommissaire qui recevait l'hérédité, c'est-à-dire qu'ils s'obligeaient, par les stipulations *partis et pro parte*, à se tenir mutuellement compte des charges et des bénéfices héréditaires, en raison de leur part et portion (voy. tit. XX, *des legs*).

D. Vous avez parlé du premier objet du Sc. Pégasien ; ce Sc. contenait-il d'autres dispositions relatives au fidéicommis ?

R. Oui ; d'après le même Sc. Pégasien, si l'héritier institué refusait d'accepter l'hérédité, en alléguant qu'il en redoutait les charges, le préteur pouvait, sur la demande du fidéicommissaire, le contraindre à faire adition et à restituer l'hérédité sans faire aucune retenue ; mais alors les actions se donnaient pour ou contre le fidéicommissaire, comme elles se donnaient d'après le Sc. Trébellien. Ainsi, dans ce cas, les deux Sc. se confondaient (§ 6).

D. Le Sc. Pégasien avait-il d'ailleurs abrogé le Sc. Trébellien ?

R. Non ; mais ces deux sénatus-consultes s'appliquaient à des cas différents.

D. Dans quel cas s'appliquait le Sc. Trébellien ?

R. Le Sc. Trébellien s'appliquait et, par conséquent, le fidéicommissaire était assimilé à un héritier : 1o lorsque la restitution dont était grevé l'institué, n'excédait pas les trois quarts de l'hérédité (1) ; 2o lorsque l'institué, ne voulant pas accepter l'hérédité pour lui-même, l'acceptait par ordre du préteur, aux risques et périls du fidéicommissaire ; 3o enfin lorsque, ne voulant rien retenir d'une hérédité volontairement acceptée, l'héritier déclarait expressément restituer d'après le Sc. Trébellien (*Paul*, 4, t. III, § 2).

D. Dans quel cas s'appliquait le Sc. Pégasien ?

R. Le Sc. Pégasien s'appliquait lorsque le fidéicommis, comprenant la totalité ou plus des trois quarts de l'hérédité, l'institué faisait volontairement adition, et restituait en rete-

(1) Dans ce cas, les actions se donnaient à l'héritier et au fidéicommissaire, et contre chacun d'eux pour leur part respective, savoir : contre l'héritier, d'avoir le droit civil, et contre le fidéicommissaire, d'après le Sc. *Trébellien*.

nant, ou même sans vouloir retenir la quarte Pégasienne, à moins, dans ce dernier cas, qu'il ne déclarât restituer conformément au Sc. Trébellien. Suivant que la restitution faite d'après le Sc. Pégasien était des trois quarts ou de toute l'hérédité, le fidéicommissaire était considéré comme légataire partiaire ou comme acheteur de l'hérédité : ce qui donnait lieu de recourir, tantôt aux stipulations *partis et pro parte*, tantôt à celles *emptæ et venditæ hereditatis*.

D. La complication de ces règles et l'inconvénient des stipulations (1) rétablies par le Sc. Pégasien n'engagèrent-ils pas Justinien à donner à la restitution fidéicommissaire un effet plus général, plus sûr et plus simple ?

R. Oui ; Justinien, en abrogeant le Sc. Pégasien, en donna toute l'autorité au Sc. Trébellien, ou plutôt confondit les deux Sc. en une seule loi, qui, conservant le nom de Sc. Trébellien, réunit les dispositions de l'un et de l'autre. Ainsi, dans le nouveau droit, l'héritier qui a fait volontairement adition peut retenir le quart de la succession (2) sans être tenu des charges héréditaires au delà de cette portion, les actions actives et passives étant toujours transférées au fidéicommissaire, dans la proportion de ce qu'il reçoit de l'hérédité. Si l'héritier refuse de faire adition, on peut le forcer à accepter et à restituer l'hérédité tout entière, aux périls et risques du fidéicommissaire.

D. L'héritier institué pour partie peut-il exercer une retenue proportionnelle, comme celui qui est institué pour la totalité ?

R. Oui ; il n'y a aucune distinction à faire entre l'héritier qu'on institue pour la totalité avec prière de restituer tout ou partie de l'hérédité, et l'héritier institué seulement pour

(1) Justinien dit que l'inconvénient de ces stipulations avait été senti par les anciens, et que Papinien lui-même les avait déclarées dangereuses. En effet, dans le circuit d'actions et de comptes respectifs qu'elles produisaient, chacune des parties avait à craindre l'insolvabilité de l'autre.

(2) On suit dans l'évaluation de cette retenue les mêmes règles que pour la quarte Falcidie. Ainsi on peut appliquer ici ce que nous avons dit sur la loi Falcidie, relativement au cas où la réduction n'a pas lieu, et à ce qui doit être imputé sur la quarte.—Justinien accorde à l'héritier la répétition pour ce qu'il a remis par erreur (de fait) au fidéicommissaire au delà des trois quarts.

partie avec prière de restituer tout ou partie de sa portion : on applique les mêmes règles dans les deux cas (1).

D. Lorsqu'au lieu de laiser le quart à l'héritier institué, le testateur lui avait réservé un ou plusieurs objets déterminés, comme un fonds ou une somme d'une valeur au moins égale au quart de l'hérédité, d'après quel sénatus-consulte se faisait la restitution ?

R. La restitution se faisait d'après le Sc. Trébellien de la même manière que si le testateur avait réservé à l'institué le quart de l'hérédité, c'est-à-dire que, dans l'un et l'autre cas, le fidéicommissaire était *loco hæredis*, et que les actions héréditaires passaient sur sa tête. Mais il y avait cette différence que, dans le cas où le testateur avait réservé le quart de l'hérédité, les actions se divisaient proportionnellement entre l'héritier et le fidéicommissaire, comme entre deux cohéritiers, tandis que quand le testateur avait réservé à l'héritier des objets déterminés, celui-ci les conservait comme un legs *(quasi ex legato)*, et non comme une fraction de l'hérédité, et qu'en conséquence les actions actives et passives passaient en totalité au fidéicommissaire. Aussi, comme les objets déterminés pouvaient excéder en valeur ce qui devait rester dans la succession, après les dettes payées, c'était au fidéicommissaire, qui devait être seul chargé des obligations héréditaires, à délibérer s'il lui convenait d'accepter ou de refuser la restitution *(an expediat sibi restitui)*. Tout cela est maintenu par Justinien.

D. Si l'objet particulier réservé à l'héritier n'équivalait pas au quart, quel droit lui accorderait-on ?

R. L'héritier pouvait demander un supplément, mais alors évidemment la restitution devait se faire autrefois d'après le Sc. Pégasien. Depuis Justinien, les actions devaient, dans le même cas, se diviser entre le fidéicommissaire et l'héritier qui prend une quote-part dans l'hérédité.

D. Les héritiers *ab intestat* jouissent-ils de la réduction permise aux héritiers institués ?

R. Le Sc. Pégasien n'avait autorisé la réduction sur les fidéicommis qu'en faveur des héritiers institués ; mais les mêmes avantages furent ensuite étendus aux héritiers légitimes (L. 5, C. *ad Sc. Trebel.* 36, 1).

(1) Nous avons vu (liv. II, tit. XXII) que chaque héritier partiel peut également exercer la Falcidie sur le legs dont sa part est chargée.

D. Le fidéicommissaire peut-il être lui-même chargé de restituer à un autre fidéicommissaire ?

R. Oui, et l'hérédité peut se transmettre ainsi par plusieurs restitutions successives ; mais le fidéicommissaire, qui est lui-même chargé de restituer l'hérédité à un autre, ne peut pas retenir la quarte, lors même que l'héritier ne l'aurait pas retenue, par exemple parce qu'il aurait accepté par ordre du préteur, aux risques et périls du fidéicommissaire (L. 55, § 2, ff. *eod.*). En effet, la retenue du quart n'a pour but que d'assurer un héritier au défunt ; elle n'a donc été établie qu'en faveur de ceux qui peuvent avoir cette qualité et la conserver toujours.

D. Le fidéicommissaire peut-il retenir la quarte Falcidie sur les legs ?

R. Oui, parce qu'il n'est tenu des legs qu'au nom et du chef de l'héritier.

Titre XXIV.—*Des objets particuliers laissés par fidéicommis.*

D. A la charge de qui pouvait-on mettre le fidéicommis d'un objet particulier ?

R. On pouvait imposer ce fidéicommis à toutes les personnes qui recevaient quelque chose du défunt, par exemple à un légataire ; il en était différemment des legs, qui ne pouvaient être mis qu'à la charge de l'héritier. Cette différence, comme celle qui résulte de ce que le legs ne peut être fait *ab intestat*, subsiste encore après l'assimilation des legs aux fidéicommis. Ainsi la disposition mise à la charge d'un légataire n'est point un véritable legs ; mais elle est considérée, depuis Justinien, comme un fidéicommis, et produit comme tel les effets dont elle est susceptible.

D. De quels objets particuliers peut-on disposer par fidéicommis ?

R. On peut disposer, par fidéicommis, des mêmes objets que l'on aurait pu léguer, dans l'ancien droit, *per damnationem (Ulp.*, 25, § 5). Ainsi on peut disposer par fidéicommis, non seulement de sa propre chose, mais encore de celle de l'héritier ou de toute autre personne. Lorsqu'on dispose par fidéicommis de la chose d'autrui, le grevé est obligé ou d'acheter la chose et de la livrer ou d'en payer l'estimation.

D. On peut donc être chargé par fidéicommis de remettre une chose différente de celle que l'on aurait reçue par un legs ou par un premier fidéicommis ?

R. Oui ; la seule règle à observer est que le légataire ou le premier fidéicommissaire ne soit pas chargé de remettre plus qu'il n'a reçu ; car le fidéicommis serait nul pour l'excédant *(quod amplius est inutiliter relinquitur)*. Cependant, lorsque la chose qu'il est chargé de remettre appartient au grevé, celui-ci peut, s'il a accepté la disposition faite en sa faveur, se dispenser d'exécuter le fidéicommis en entier, quelle qu'en soit la valeur, parce qu'il est censé n'avoir pas évalué sa propre chose à une valeur plus haute que celle qu'il a reçue (L. 45, pr. et § 1, ff. *de fideic. libert.* 40, 5).

D. Peut-on donner, par fidéicommis, la liberté à un esclave ?

R. Oui ; on peut donner, par fidéicommis, la liberté à un esclave, en chargeant l'héritier, un légataire ou un fidéicommissaire, de l'affranchir. Le testateur peut donner ainsi la liberté, non seulement à son esclave, mais encore à celui qui appartient au grevé ou à tout autre, tandis qu'il ne pourrait conférer directement la liberté qu'à l'esclave qui lui appartiendrait aux deux époques de la confection du testament et de la mort (1).

D. Quel est l'effet du fidéicommis par lequel le fiduciaire est chargé de donner la liberté à l'esclave d'autrui ?

R. Le fiduciaire doit acheter l'esclave et l'affranchir. Toutefois, comme le maître n'est point obligé de s'en dessaisir (2), son refus de céder l'esclave à juste prix, sans éteindre le fidéicommis, en différerait l'exécution jusqu'à ce

(1) Lorsque le testateur confère directement la liberté à son esclave, celui-ci est affranchi par le testament même ; il a pour patron le testateur, c'est-à-dire un homme décédé ; aussi l'appelle-t-on *libertus orcinus*. Lors, au contraire, que le testateur, par un fidéicommis, charge quelqu'un de donner la liberté, l'esclave n'est point affranchi par le testament, mais par la manumission à laquelle le grevé est obligé : aussi l'esclave devenu libre a t-il pour patron, non le défunt, mais le grevé (voy. liv. I, tit. v).

(2) A moins qu'il n'ait reçu quelque chose du défunt. Pour n'être pas obligé de vendre, le maître devrait n'avoir rien accepté de ce qui pourrait lui avoir été laissé par le défunt, *si modo nihil perceperit* (voy. L. 35, ff. *de fid. libert.* 40, 5).

que l'occasion se présentât d'acheter l'esclave et de l'affranchir.

D. Quelles sont les formules de fidéicommis les plus usitées ?

R. Les formules les plus usitées sont : *peto*, *rogo*, *volo*, *mando*, *fidei tuæ committo*. On se sert aussi des termes *injungo*, *impero* (*Paul*, 5, t. I, § 5 et 6).

D. Ces expressions *volo*, *injungo*, *impero*, sont très impératives, et cependant vous avez dit, avec les textes (voy. *Ulp.* t. XXV, § 1), que les fidéicommis se faisaient en termes précatifs, par opposition aux legs qui se faisaient impérativement ?

R. Il faut remarquer que les formules des legs étaient impératives, non seulement quant à la volonté qu'elles exprimaient, mais encore quant aux modes des verbes. Le testateur qui voulait léguer parlait à l'impératif (*damnas esto*, *sumito*, *capito*, etc.) (1) ; tandis que pour faire un fidéicommis, il employait l'indicatif. On regardait donc la disposition comme faite précativement, par cela seul que le disposant ne s'était pas servi du mode impératif, quels que fussent d'ailleurs les termes employés.

D. Les formules de fidéicommis que vous venez de citer étaient-elles spéciales ?

R. Non ; il suffisait que le testateur manifestât sa volonté, ne fût-ce que par signes (*Ulp.* XXV, § 3). Justinien a voulu aussi que les fidéicommis pussent être faits verbalement ou par écrit, mais toutefois en présence de cinq témoins.

D. Le fidéicommis qui n'aurait pas été fait en présence de cinq témoins ne pourrait-il jamais produire d'effet ?

R. Justinien a permis, dans tous les cas, au fidéicommissaire de déférer le serment à celui qu'il prétend être chargé de fidéicommis. Si celui-ci refusait de jurer qu'aucun fidéicommis ne lui a été imposé, son refus serait considéré comme un aveu, et il entraînerait sa condamnation. Mais le défendeur peut exiger que le demandeur jure préalablement qu'il

(1) A la vérité, dans le legs *per vindicationem*, le testateur disait à l'indicatif, *do*, *lego* ; mais comme ce legs transférait directement la propriété et n'imposait aucune obligation à l'héritier, on ne pouvait pas le confondre avec un fidéicommis, dont l'exécution est toujours remise à un intermédiaire.

agit de bonne foi, et non pour susciter une chicane. C'est ce que Justinien appelle *de calumnia jurare* (§ 12, *de fid. hæred. Inst.* II, 23).

TITRE XXV.—*Des codicilles.*

D. Qu'est-ce qu'un codicille ?

R. Un codicille est un acte par lequel on exprime ses dernières volontés, sans employer les solennités du testament, et avec l'intention de ne pas les employer (1).

D. Quelle a été l'origine des codicilles ?

R. Il est constant qu'avant Auguste les codicilles n'étaient point en usage. Lucius Lentulus fut le premier qui introduisit en même temps les fidéicommis et les codicilles. En effet, il écrivit en Afrique, où il mourut, des codicilles confirmés par testament, dans lesquels il priait Auguste de se charger de l'exécution d'un fidéicommis. L'empereur remplit cette volonté ; d'autres personnes acquittèrent également des fidéicommis dont les codicilles les chargeaient, et la fille de Lentulus elle-même paya des legs qui n'étaient pas valables dans la rigueur du droit. On rapporte qu'Auguste convoqua des jurisconsultes distingués, entre autres Trébatius, qui jouissait alors d'un grand crédit, pour le consulter sur le point de savoir si l'usage des codicilles était admissible, et que Trébatius convainquit l'empereur de l'utilité des codicilles, en faisant valoir surtout cette considération que, dans les voyages principalement, il pouvait souvent arriver que l'on eût la facilité de faire un codicille, lorsqu'il aurait impossible de tester. Dans la suite, le jurisconsulte Labéon ayant fait aussi des codicilles, personne n'hésita plus à les admettre.

D. Peut-on disposer de l'hérédité dans un codicille ?

R. Non ; et c'est en quoi les codicilles diffèrent essentiellement du testament ; on ne peut, par codicille, ni donner, ni ôter l'hérédité, ni changer, par l'addition ou la suppres-

(1) C'est l'intention que le défunt a eue de disposer par codicille qui donne la validité à l'acte non revêtu des solennités ; l'acte que le défunt aurait commencé dans l'intention de faire un testament, et qu'il aurait laissé imparfait, ne pourrait valoir comme codicille que lorsque le défunt aurait exprimé cette volonté par une clause expresse que les interprètes appellent *clause codicillaire* (voy. L. 8, § 1, C. *de cod.* 6, 36).

sion d'une condition, la manière dont elle aurait été conférée par testament. Toutefois ce que nous disons de l'hérédité ne doit s'entendre que de l'hérédité directe ; car l'hérédité fidéicommissaire, qui ne donne ni le titre ni les droits d'un héritier proprement dit, peut être laissée par codicille comme tout autre fidéicommis.

D. N'y a-t-il que celui qui a fait un testament qui puisse faire des codicilles ?

R. Ceux mêmes qui décèdent intestats peuvent laisser des codicilles. — Mais celui-là seul a la capacité légale de faire un codicille, qui a le droit de faire un testament.

D. Les codicilles sont-ils révoqués par le testament postérieur dans lequel ils n'ont point été confirmés ?

R. Papinien disait que les codicilles antérieurs au testament n'étaient valables qu'autant que le testateur les avait confirmés expressément. Mais les empereurs Sévère et Antonin ont décidé qu'il suffirait que le testateur n'eût pas témoigné l'intention de révoquer les dispositions contenues dans les codicilles (1).

D. Les codicilles qui sont confirmés par un testament postérieur ou antérieur ne jouissent-ils pas d'un avantage particulier ?

R. Oui ; les codicilles confirmés par un testament sont réputés faire partie du testament. En conséquence, on peut, dans ces codicilles, faire, révoquer ou transférer un legs, affranchir directement un esclave (2), tandis que, dans les codicilles non confirmés, on ne peut faire que des fidéicommis.

D. Lorsqu'il existe un testament, le sort des codicilles y est-il attaché ?

R. Oui ; la rupture ou l'inutilité du testament entraînerait l'infirmation des codicilles. A cet égard, il n'y a aucune

(1) Les codicilles postérieurs au testament n'ont jamais besoin d'être confirmés. Cependant il arrivait souvent qu'un testateur confirmait par avance les codicilles qu'il pourrait faire dans la suite, c'est ce qu'avait fait Lentulus.

(2) Mais on ne pourrait pas y faire des dispositions concernant l'hérédité proprement dite. Ce n'est que dans un testament qu'on peut donner ou ôter le titre d'héritier proprement dit.

différence à faire entre les codicilles confirmés et ceux qui ne le sont pas.

D. Peut-on laisser plusieurs codicilles ?

R. Oui. Il n'en est pas d'un codicille comme d'un testament, qui, comprenant toujours toute l'hérédité, est incompatible avec celui qui l'a précédé. En effet, plusieurs codicilles peuvent se référer à des objets différents, et le dernier ne révoque, dans les précédents, que les dispositions inconciliables avec celles qu'il contient.

D. Les codicilles sont-ils soumis à quelque solennité ?

R. Il ne l'étaient pas dans le principe, mais sous les empereurs de Constantinople ils ont été assujettis à certaines formalités. Suivant une constitution, attribuée dans le code (L. *ult.*, § *ult. de codicil.*) à Théodose, mais dont un fragment inséré dans l'*Eglogæ* à la suite du § 3 appartient à Justinien, qui l'a ajouté à la constitution de Théodose, les codicilles doivent être faits d'un seul contexte, soit verbalement, soit par écrit, en présence de cinq témoins convoqués à cet effet, ou amenés par le hasard. Si les codicilles sont écrits, les témoins doivent y apposer leur marque *(subnotationem suam)*.

LIVRE TROISIÈME

TITRE Ier. — *Des hérédités qui sont déférées* ab intestat (1).

D. Quand est-ce qu'une hérédité est déférée *ab intestat ?*

R. Une hérédité est déférée *ab intestat :* 1o lorsque le défunt n'a point fait de testament, ou, ce qui revient au même, n'en a fait qu'un irrégulier ou nul *(non jure factum)* ; 2o lorsque le testament, régulier dans l'origine, a été rompu ou est devenu inutile (voy. livre II, tit. XXII), ou encore a été rescindé comme inofficieux ; 3o lorsque personne ne se porte héritier en vertu du testament, qui reste abandonné.

D. Quel était le système de la loi des Douze Tables sur les successions *ab intestat ?*

R. Ce système était très-simple : la loi des Douze Tables appelait à la succession *ab intestat*, en premier ordre, les *héritiers siens* du défunt, en second ordre, ses *agnats* (2).

D. Cette division n'a-t-elle pas été conservée jusqu'à la législation des Novelles ?

R. Oui ; mais le droit prétorien, ainsi que les sénatus-consultes et les constitutions, ont successivement porté dans la classe des héritiers siens ou dans celle des agnats, diverses personnes qui n'y étaient pas comprises d'après le droit primitif ; et de plus, le droit prétorien a complété cette division, en accordant la *possession des biens*, en troisième ordre, aux *cognats* (3).

(1) Les hérédités déférées *ab intestat* sont appelé s *légitimes*, parce qu'elles sont déférées immédiatement (*lege*) par la loi.

(2) La loi des Douze Tables appelait en troisième ordre les *gentiles*. Justinien ne parle pas de cette troisième classe d'héritiers, parce que dès le commencement de l'Empire elle avait ces-é d'exister. Voy. la note que nous avons mise à la suite du tit. II de ce livre, *sur l'ancienne succession des gentils.*

(3) Peut-être la classe des cognats fut-elle admise par le préteur à remplacer celle des *gentiles*, qui étaient appelés par la loi des Douze Tables, à défaut d'agnats, et dont le droit était tombé en désuétude du temps de Gaius (3, § 17).

D. Nous allons donc examiner ici : 1o quels sont les héritiers siens proprement dits : 2o quels sont ceux qui sont considérés comme tels par le préteur ; 3o quelles sont les personnes qui ont été assimilées aux héritiers siens par les constitutions.

Et d'abord, quels sont les *héritiers siens* proprement dits ?

R. Sont héritiers siens les enfants (1) soumis à la puissance paternelle du défunt au moment du décès, et qui se trouvent les premiers en rang au moment où s'ouvre la succession (2). Ainsi les petits-enfants, dont le père se trouverait comme eux sous la puissance de l'aïeul, ne seraient pas héritiers siens de ce dernier, parce qu'ils seraient précédés, dans la famille, par leur père ; c'est à celui-ci qu'appartiendrait la qualité d'*héritier sien*.

D. Quand s'ouvre la succession *ab intestat* ?

R. Elle s'ouvre au moment ou il devient certain qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire *(eo tempore quo certum est aliquem sine testamento decessisse*, § 7). Or, il est certain qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire dès l'instant de la mort, lorsqu'il n'existe aucun testament valable : mais cette certitude n'est acquise qu'à une époque postérieure au décès, lorsque le défunt a laissé un testament valable et qui donne l'espoir d'un héritier testamentaire ; la succession ne s'ouvre, dans ce cas, que lorsque cet espoir s'évanouit, soit par la répudiation de l'institué, soit par tout autre motif.

D. Ne peut-il pas dès lors arriver que des petits-fils, qui étaient tombés sous la puissance de leur père à la mort de l'aïeul, deviennent héritiers siens de ce dernier ?

R. Oui ; cela pourrait arriver dans le cas de l'aïeul, qui, en déshéritant son fils, aurait institué un étranger. Les petits-fils, à la mort de l'aïeul dans la famille duquel ils étaient précédés par leur père, tombent sous la puissance de celui-ci ; mais si leur père vient ensuite à décéder, et que, postérieurement à son décès, l'héritier institué par l'aïeul ne puisse ou

(1) Les *enfants*, soit naturels, soit adoptifs, auxquels il faut ajouter dans le droit nouveau, les enfants légitimés.

(2) C'est-à-dire qui se trouveraient sous la puissance *immédiate* du défunt au moment de l'ouverture de la succession, si celui-ci vivait encore. Voy. ce que nous avons dit sur les *héritiers siens*, (liv. II, tit. XIX).

ne veuille pas devenir héritier en vertu du testament, l'hérédité de l'aïeul leur est déférée directement, parce qu'ils ne sont précédés par personne au moment de l'ouverture de la succession légitime, et qu'à cette époque ils se trouveraient sous la puissance immédiate de l'aïeul, si celui-ci vivait encore.

D. Pour que les petits-fils deviennent ainsi héritiers siens de l'aïeul, est-il nécessaire qu'ils soient nés du vivant de cet aïeul ?

R. Il leur suffit d'avoir été conçus du vivant de l'aïeul ; car les petits-enfants appartiennent à la famille de leur aïeul, et par conséquent sont censés sous sa puissance dès l'instant de leur conception, peu importe qu'ils ne naissent qu'après son décès.

D. Les petits-fils conçus après la mort de l'aïeul ne pourrait-ils jamais devenir héritiers siens ?

R. Jamais ; ils ne peuvent en aucune manière être appelés à la succession de l'aïeul : parce qu'il n'a jamais pu se former un lien de parenté entre eux et lui (1), et qu'en conséquence, leur qualité de descendants est absolument indifférente quant à l'hérédité (*non sunt quantum ad hæreditatem liberi*, § 8).

Si donc, pour devenir héritier légitime, il faut survivre à l'époque où il devient certain que le défunt n'aura pas d'héritier testamentaire, réciproquement il faut avoir existé, c'est-à-dire avoir été au moins conçu, au décès du *de cujus*. Ainsi, l'héritier, en général, se trouvera uniquement parmi les personnes existantes au décès, et l'héritier sien parmi celles que le défunt avait à la même époque sous sa puissance.

D. Justinien ne cite-t-il pas cependant un cas où une personne qui n'était pas sous la puissance du défunt au moment de sa mort, devient son héritier sien ?

R. Oui, c'est le cas où un fils, prisonnier chez l'ennemi revient après la mort du père de famille. Il devient son héritier sien, quoique de fait il ne se trouvât point sous sa puissance lors du décès. Mais ce n'est point là une exception au principe que nous venons d'émettre ; car si le fils devient

(1) Aussi ne pouvaient-ils pas même réclamer la *possession de biens* (*unde cognati*) que le préteur accorde en troisième ordre aux plus proches cognats.

héritier sien, c'est par l'effet d'une fiction *(jure postliminii)*, qui le fait considérer comme n'ayant jamais été prisonnier et comme s'étant dès lors trouvé sous la puissance du père de famille à la mort de celui-ci.

D. Ne peut-il pas arriver, en sens inverse, que des enfants restés de fait sous la puissance immédiate du père de famille à l'époque de sa mort ne deviennent pas héritiers siens ?

R. Oui, cela arrive, par exemple, lorsque le père de famille est jugé, après sa mort, coupable de haute trahison, et que sa mémoire est condamnée. Sa succession est dévolue au fisc ; il ne peut avoir aucun héritier sien, ou plutôt ses fils, qui étaient devenus héritiers siens, cessent de l'être. Cela vient de ce que, par exception aux règles ordinaires, l'accusation de haute trahison *per duellionis* s'exerce même contre les morts, et de ce que la sentence portée contre la mémoire du coupable a un effet rétroactif qui remonte à l'époque où le crime a été commis. Le coupable est censé être mort civilement et avoir perdu, depuis cette époque, la puissance paternelle, de sorte que ses enfants, devenus, dès lors, *sui juris*, ne peuvent pas à sa mort devenir héritiers siens d'un père qui ne laisse ni hérédité ni héritiers, et n'a d'autre successeur que le fisc (*cum fiscus ei succedat*) (1).

D. Parmi les descendants soumis à la puissance immédiate du défunt, ceux d'un degré plus proche excluent-ils de la succession les plus éloignés ?

R. Non ; ils sont tous appelés à l'hérédité. Ainsi le fils ou la fille n'exclut point les enfants d'un autre fils prédécédé ; ceux-ci prennent la place de leur père.

D. Le partage se fait-il alors par égales portions ?

R. Non ; les petits ou arrière-petits-enfants n'ont entre eux que la part qu'aurait eue celui dont ils prennent la place. En effet, on distingue deux manières de succéder, ou plutôt

(1) En général, ceux qui éprouvent la grande et la moyenne diminution de tête n'ont jamais d'héritiers. Les biens d'un père de famille déporté ou devenu esclave de la peine sont acquis au fisc ; ceux d'une personne qui devient esclave d'un particulier sont acquis à celui-ci (voy. tit. XII ci-après) ; mais grâce à la fiction de la loi *Cornelia* (voy. liv. II, tit. XII, *in fine*), les biens de celui qui meurt prisonnier sont dévolus à ses héritiers, comme s'il était mort à l'instant de sa captivité ; ce prisonnier est censé avoir perdu ses droits par la mort, et non par la grande diminution de tête.

de partager l'hérédité pour les héritiers siens. L'hérédité se divise *par têtes* ou par portions viriles, c'est-à-dire en autant de parts égales qu'il y a d'héritiers siens lorsqu'ils sont tous du premier degré ; lorsqu'il y a des héritiers siens d'un degré inférieur, le partage se fait *par souches*, c'est-à-dire que les descendants d'un degré inférieur ne prennent entre eux que la part du fils qu'ils représentent, chacun des enfants du premier degré étant considéré comme *souche* par rapport aux diverses branches de descendants dont il est devenu l'origine. Ainsi, lorsque de deux fils l'un est prédécédé en laissant plusieurs enfants, ceux-ci n'ont, quel que soit leur nombre, qu'une moitié de l'hérédité, l'autre moitié appartenant au fils survivant. Pareillement, si les deux fils sont prédécédés, et que l'un ait laissé deux enfants et l'autre quatre, la succession se divisera entre les deux enfants du premier d'une part, et les quatre du second de l'autre.

D. Comment l'hérédité légitime est-elle acquise aux héritiers siens ?

R. Elle leur est acquise (1) à l'instant où elle est ouverte, indépendamment de toute volonté, de tout consentement et de toute autorisation (§ 3).

D. Voyons maintenant quels sont ceux que le droit prétorien assimile aux héritiers siens ?

R. Les enfants du défunt qui ne sont pas sous sa puissance au moment de la mort, n'étant unis à lui par aucun lien de parenté civile, d'agnation, ne sont point ses héritiers d'après le droit civil ; mais le préteur les admet à la succession comme s'il n'y avait point eu de diminution de tête, pourvu d'ailleurs que ces enfants jouissent du titre de citoyen et ne soient point sous une autre puissance ou dans une famille étrangère lors de la mort du *de cujus*. C'est ainsi que le préteur admet à la succession du père le fils émancipé ; à la succession de l'aïeul, les petits-enfants conçus après l'émancipation de leur père (2) ; à la succession du fils émancipé, le

(1) Comme l'hérédité testamentaire. On peut donc appliquer ici tout ce que nous disons, liv. II, tit. XIX, sur la manière dont l'hérédité est acquise aux institués siens, et sur le droit d'abstention qui leur est accordé par le préteur.

(2) Pourvu que leur père soit prédécédé ; car les petits-enfants ne viennent à la succession de l'aïeul qu'à défaut de leur père (L. 5, § 1, ff. *si tab. test. null.* 38, 6)

petit-fils conçu avant l'émancipation, et qui était resté sous la puissance de l'aïeul. C'est ainsi encore que le même avantage est accordé à l'enfant qui, après avoir éprouvé la moyenne, et même la grande diminution de tête, aurait été réintégré dans sa qualité de citoyen (L. I, § 9, I. 2, ff. de *b. p. cont. tab.*, 37, 4).

D. Le préteur donne-t-il à ces enfants le titre d'héritier ?

R. Le préteur ne peut pas donner à ces enfants le titre d'héritier, qui n'appartient qu'à ceux qui le tiennent de la loi civile ; mais il leur accorde la possession de biens *unde liberi* comme aux héritiers siens proprement dits, de sorte qu'en résultat, les héritiers civils ne succèdent réellement que pour partie (*pro parte*, § 9), puisqu'ils sont obligés de partager avec les concurrents que le préteur leur donne dans la possession des biens.

D. Les enfants qui profitent du bénéfice du droit prétorien pour participer à une succession dont le droit civil les excluait, ne sont-ils pas tenus à un rapport ?

R. Oui ; en prenant part dans les biens paternels, comme s'ils n'étaient jamais sortis de la famille, ces enfants profitent des acquisitions faites par les fils restés sous la puissance du père commun, et qui ont accru le patrimoine de la famille ; il est donc juste qu'ils rapportent eux-mêmes dans ce patrimoine les biens qu'ils ont au décès du père, et qu'ils lui auraient acquis s'ils n'étaient jamais sortis de sa puissance (1). C'est ce qu'on appelle la *collatio bonorum*, le rapport des biens (2).

D. En accordant la possession de biens *unde liberi* au fils émancipé, le droit prétorien excluait-il les petits-enfants qui,

(1) Ils ne rapportent pas les biens *castrans* ou *quasi-castrans*, ni, dans le nouveau droit, les biens qui auraient fait partie du pécule adventice. parce qu'en supposant que les enfants ne fussent jamais sortis de la famille, ces biens leur seraient restés propres.

(2) L'institution prétorienne de la *Collatio bonorum* fut développée par les prudents et par les constitutions impériales (v. au Digeste le titre *de collatione*, et au Code, le titre *de collationibus*). C'est ainsi qu'on soumit au rapport de sa dot la fille, même héritière sienne, qui venait à la succession de son père, en concurrence avec ses frères (*Collatio dotis*).—Dans le but d'établir de plus en plus l'égalité entre les successibles, Justinien imposa à tous les enfants sans distinction,

restés sous la puissance de l'aïeul, avaient pris dans la famille la place de leur père ?

R. Oui : telle est la conséquence de la fiction qui faisait regarder l'émancipation comme non avenue. Mais, par une disposition ajoutée à l'édit par Salvius Julianus (v. p. 55), les petits-fils restés sous la puissance de l'aïeul ont été admis à partager par moitié, avec leur père émancipé, la part qui lui revenait en entier d'après les anciens édits, et comme c'est à eux que préjudicie, dans ce cas, la possession de biens obtenue par leur père, c'est à eux seuls que celui-ci fait le rapport. C'est le seul cas où l'on voie des petits-enfants concourir avec leur père dans la succession de l'aïeul (voy. M. *Ducaurroy*, 839 ; *Thémis*, t. VII, p. 264).

D. Les enfants donnés en adoption, les enfants émancipés qui se font adroger, obtiennent-ils la possession de biens *unde liberi* dans la succession de leur père naturel ?

R. Non ; ils ne sont point considérés, même par le préteur, comme héritiers siens, si toutefois ils sont encore dans leur famille adoptive au moment de la mort de leur père naturel. En effet, le préteur, qui les trouve dans leur famille adoptive, et qui serait obligé de leur donner sur la succession du père adoptif les mêmes droits qu'à ses enfants naturels, ne peut pas les considérer comme appartenant en même temps à deux familles : il ne leur accorde donc pas la possession *unde liberi* dans la succession de leur père naturel (1). Mais comme c'est uniquement leur position dans une autre famille à l'époque où leur père naturel vient à décéder, qui les empêche de lui succéder, le préteur les admettrait comme héritiers siens de

venant à la succession *ab intestat* de leurs ascendants, l'obligation de rapporter à la masse héréditaire tout ce qu'ils avaient reçu du *de cujus*, et qui aurait été imputable sur la quarte légitime d'après les règles exposées au tit. *du test. inofficieux* (v. liv. II, tit. XVIII). Il voulut même que la *collatio* eût lieu dans le cas d'une succession testamentaire, à moins que le testateur n'en eût expressément dispensé (L. 1, C. *de collat.* 6, 20). C'est le principe qui a passé dans le Code Napoléon, art. 843.—Le rapport n'était imposé qu'aux descendants ; les ascendants et les collatéraux n'y étaient pas soumis.

(1) Il ne peut leur accorder que la possession de biens *unde cognati*, en troisième ordre, c'est-à-dire à défaut d'héritiers proprement dits ou réputés tels, et d'agnats (§ 13 ; voy. liv. III, tit. IX).

celui-ci dans le cas où, avant sa mort, ils auraient été émancipés par le père adoptif (1).

D. Pourquoi exige-t-on que leur émancipation ait eu lieu avant la mort de leur père naturel ?

R. Parce que si le père adoptif avait pu, par une émancipation postérieure à la mort du père naturel, donner des droits dans sa succession aux enfants adoptifs, il aurait eu la faculté injuste de laisser ou d'enlever à son gré l'hérédité aux agnats.

D. L'adopté émancipé par l'adoptant obtient-il dans la succession de celui-ci la possession de biens *unde liberi* ?

R. Non ; l'enfant émancipé par son père naturel obtient dans sa succession la possession de biens *unde liberi*, parce que, malgré la dissolution du lien civil, il n'a pas cessé de lui être uni par les liens du sang, et qu'il est encore l'enfant de celui dont il a quitté la famille ; mais l'adopté sorti de la famille adoptive ne peut, sous aucun rapport, être compté parmi les enfants de l'adoptant, parce que l'émancipation lui enlève un titre qui n'était fondé que sur les effets purement civils de l'adoption.

D. La même raison de différence qui, après l'émancipation, fait refuser à l'enfant adoptif la possession de biens *unde liberi* qu'on accorde à l'enfant naturel, ne fait-elle pas aussi, après l'émancipation, refuser au premier la possession de biens *contra tabulas*, qu'on accorde au second (voy. liv. II, t. XIII, *in fine*) ?

R. Oui ; en effet, les possessions de biens *contra tabulas* et *unde liberi* sont deux voies tendant également à attribuer la succession légitime, que le préteur ouvre aux mêmes personnes et d'après les mêmes règles, quoique dans des circonstances différentes. La première est accordée lorsqu'il existe un testament dans lequel un héritier sien, ou considéré comme tel d'après les règles ci-dessus, n'a été ni institué ni déshérité suivant les formes requises ; la seconde se donne

(1) L'émancipation des enfants donnés en adoption les fait admettre par le préteur à la succession de leur père naturel, parce qu'elle les met non seulement hors de la puissance du père adoptif, mais encore hors de la famille. Aussi ces enfants ne jouiraient-ils pas du même avantage, s'ils étaient devenus *sui juris* par la mort de l'adoptant, parce qu'ils seraient encore dans la famille de celui-ci (voy. liv. I, tit. XV).

quand il n'existe aucun testament (L. 1, § 6, ff. *si tab. test. null.*, 38, 6).

D. D'après ce que vous venez de dire, il arrivait que l'enfant adoptif qui était émancipé après la mort de son père naturel perdait deux successions : celle de son père naturel, à cause de sa position dans sa famille adoptive lors du décès ; celle de son père adoptif, à cause de l'émancipation qui lui enlevait tous ses droits dans la famille adoptive ; que fit Justinien pour éviter ce résultat ?

R. Justinien dépouilla l'adoption de son principal effet en décidant que l'adopté resterait dans sa famille naturelle et ne passerait point dans celle de l'adoptant, à moins que celui-ci ne fût un ascendant (voy. liv. I, tit. XI). Toutefois, comme Justinien n'a établi cette dérogation aux anciens effets de l'adoption que pour conserver à l'adopté l'hérédité de son père naturel, il s'ensuit que si l'adopté n'avait pas de droits à prétendre dans cette hérédité, l'adoption produirait tous ses effets. Ainsi, lorsque l'adopté est un petit-fils dont le père reste dans la famille de l'aïeul, il passe dans sa famille adoptive, parce que, n'étant pas sous la puissance immédiate du père naturel, il n'est pas son héritier sien (L. 10, § 4, C. *de adopt.*, 8, 48).

D. Justinien n'accorde-t-il à celui qui est adopté par un étranger aucun droit sur la succession de l'adoptant ?

R. Quoique l'adopté, qui n'entre point dans la famille de l'adoptant, ne puisse pas être considéré comme un véritable héritier sien de celui-ci, cependant Justinien l'appelle à sa succession *ab intestat* comme les enfants naturels, et dans la même proportion. Mais cet adopté ne succède jamais à l'adoptant qu'*ab intestat ;* il n'a contre le testament où il aurait été omis, ni la possession de biens *contra tabulas*, ni la plainte d'inofficiosité (1).

D. Nous avons vu quels étaient les héritiers siens proprement dits, quelles étaient les personnes que le préteur leur avait assimilées, dites-nous quels sont ceux que les constitutions ont placés au rang des héritiers siens ?

R. Ce sont les enfants et les petits-enfants de la fille du

(1) L'adoptant ne serait pas même tenu de lui laisser la quarte que le Sc. Sabinien assurait à celui des trois frères (*ex tribus maribus*) qui avait été donné en adoption.

défunt. Ces enfants n'entrant point dans la famille de leur mère, mais dans celle de leur père, ne pouvaient pas être les héritiers siens proprement dits de leur aïeul maternel, et le droit prétorien ne les appelait qu'en troisième ordre et comme simples cognats. C'est sous les empereurs Théodose, Valentinien et Arcadius, que les enfants de la fille furent admis à représenter leur mère dans la succession de leur aïeul maternel (1).

D. Les enfants ou petits-enfants de la fille excluent-ils en totalité les agnats, et, lorsqu'ils se trouvent en concours avec des héritiers siens, prennent-ils la part entière qui serait revenue à leur mère ?

R. Suivant la constitution de Théodose, les enfants de la fille, qui obtenaient la préférence sur les agnats, devaient leur laisser un quart de l'hérédité ; mais Justinien a supprimé cette disposition, ne voulant pas que les collatéraux pussent venir à la succession lorsqu'il existait des descendants même par les filles.

D'après une seconde disposition de la même constitution, les enfants de la fille ne prenaient que les deux tiers de la part que leur mère aurait eue si elle eût été vivante, lorsqu'ils se trouvaient en concours avec des héritiers siens proprement dits. Cette disposition a été maintenue dans le code de Justinien, et si les enfants de la fille ont pu recueillir la part entière de leur mère, ce n'a été qu'en vertu de la novelle 118 dont nous parlerons dans la suite, et qui a changé le système de succession établi par les Douze Tables.

D. Ceux qui, sans être héritiers proprement dits, sont appelés comme tels par les constitutions, sont-ils héritiers *nécessaires ?*

R. On peut croire qu'ils ne deviennent héritiers que par leur volonté. En effet, d'une part, comme ils ne sont point sous la puissance du défunt, il faudrait un texte formel pour les rendre héritiers nécessaires ; de l'autre, Justinien, en parlant des enfants de la fille qui excluent les agnats, suppose qu'ils ont acquis l'hérédité par leur adition (*iis adeuntibus*, § 15).

(1) Nous verrons au titre IV, du Sc. *Orphitien*, qu'on a aussi admis les enfants à la succession de leurs ascendantes.

TITRE II. — *De la succession légitime* (1) *des agnats.*.

D. Quand est-ce que les agnats sont appelés à la succession ?

R. Les agnats sont appelés à la succession en second ordre, c'est-à-dire à défaut d'héritiers siens. Telle était la classification établie par la loi des Douze Tables ; telle est encore celle du droit nouveau, qui a seulement porté au rang des héritiers siens plusieurs personnes qui n'y étaient pas comprises par la loi des Douze Tables.

D. Qu'entend-on ici par les agnats ?

R. On entend, en général, par agnats, tous les membres de la même famille, c'est-à-dire tous les parents qui, si l'auteur commun vivait encore, se trouveraient placés sous sa puissance. En ce sens, les descendants, les *héritiers siens* d'un individu, sont ses agnats. Mais comme, à raison des rapports particuliers de dépendance et de communauté dans lesquels ils étaient vis-à-vis du défunt, on leur a donné un titre et un rang particulier *(sui hæredes)*, on ne comprend ici sous le nom d'agnats que les agnats en ligne collatérale, que ceux qui, sans être dans la famille particulière et sous la puissance spéciale du *de cujus*, dépendent comme lui d'une famille générale que l'auteur commun aurait sous sa puissance s'il vivait encore. Ainsi, sont agnats proprement dits, deux frères nés du même père, pourvu, bien entendu, que l'un d'eux ne soit pas sorti de la famille paternelle par émancipation ou autrement. Les enfants adoptifs sont aussi agnats, non seulement avec les personnes soumises à la puissance de l'adoptant, mais encore avec tous les agnats collatéraux de celui-ci.

D. A quels agnats la loi des Douze Tables déférait-elle l'hérédité ?

R. La loi des Douze Tables déférait l'hérédité à celui ou ceux des agnats qui étaient du degré le plus proche, sans aucune distinction de sexe.

D. Ne s'introduisit-il pas pourtant une distinction ?

(1) On appelle les agnats héritiers ou successeurs *légitimes*, parce que l'hérédité leur est déférée par la loi, et en les opposant aux cognats, qui ne succèdent que d'après le droit prétorien.

R. Les prudents, dans la vue de conserver les biens dans la famille du défunt, divisèrent les agnats en *consanguins* et en *agnats proprement dits*. On donna le titre de consanguins aux agnats du deuxième degré, c'est-à-dire aux frères et sœurs naturels ou adoptifs du défunt ; c'est à eux que l'hérédité fut d'abord déférée. A défaut de consanguins, la succession fut dévolue aux agnats des degrés subséquents, qui furent les agnats proprement dits ; mais parmi ces agnats on ne comprit plus les femmes, qui, au delà du deuxième degré, ne succédèrent plus aux membres de leur famille. Ainsi, les femmes, lorsqu'elles ne laissaient pas de frères ou de sœurs consanguins, avaient pour héritiers des agnats à qui elles ne pouvaient pas elles-mêmes succeder, si ce n'est en troisième ordre, comme cognats ainsi que nous l'expliquerons au tit. v.

D. Cette distinction a-t-elle été maintenue par Justinien ?

R. Non ; Justinien voulut que l'hérédité fût dévolue aux agnats sans distinction de sexe.

D. Quelles innovations augmentèrent successivement le nombre des personnes appelées au rang des agnats ?

R. Anastase avait d'abord réservé le droit d'agnation aux frères et sœurs émancipés, qui, nonobstant leur diminution de tête, furent appelés à la succession concurremment avec les agnats véritables, mais toutefois sous une certaine déduction. Ce bénéfice n'avait point été étendu aux enfants du frère émancipé ; ils continuaient à rester parmi les simples cognats. Justinien accorda les droits d'agnation, d'abord aux frères et sœurs utérins (1), puis aux enfants des sœurs, et sans doute aussi aux enfants des frères utérins, mais sans étendre le même bénéfice aux descendants d'un degré subséquent. Enfin, supprimant la déduction établie par Anastase, l'empereur appela, comme agnats, les frères et sœurs émancipés, aussi bien que les frères et sœurs utérins, les neveux et nièces nés, soit de frères ou sœurs émancipés, soit de frères ou sœurs utérins. Dès lors il ne resta plus de cognats dans le second degré ; dans le troisième, il ne resta que des

(1) On appelle frères ou sœurs *germains* ceux qui sont nés du même père et de la même mère ; *consanguins*, ceux qui ont seulement le même père ; *utérins*, ceux qui ont seulement la même mère. Les frères utérins ne pouvaient pas être agnats, parce que les enfants n'entrent point dans la famille de leur mère, mais dans celle de leur père.

oncles et tantes du défunt, sans aucun neveu ou nièce, puisque les enfants d'une sœur quelconque, ceux d'un frère utérin et ceux d'un consanguin émancipés, furent tous également rangés parmi les agnats (voy. M. *Ducaurroy*, n° 819).

D. La représentation et le partage par souche étaient-ils admis dans les successions déférées aux agnats ?

R. Non ; ils ne le furent point avant la novelle 118. Jusqu'alors chacun succéda de son chef, et le plus proche agnat dut exclure les enfants d'un agnat du même degré qui était prédécédé, par exemple, le frère du défunt dut exclure ses propres neveux nés d'un autre frère.

D. A quelle époque faut-il être agnat le plus proche pour recueillir l'hérédité ?

R. A l'époque où il devient certain que le défunt n'aura pas d'héritier testamentaire ; c'est toujours à cette époque que s'ouvre la succession *ab intestat*. Il peut donc arriver souvent, lorsque le défunt a laissé un testament, que l'agnat, qui n'était pas le plus proche au moment du décès, devienne héritier ; il suffirait pour cela que celui qui le précédait en degré vînt à mourir avant la répudiation de l'héritier testamentaire, ou avant toute autre circonstance qui rendrait le testament sans effet.

D. Si l'agnat le plus proche répudiait la succession ou mourait avant d'avoir fait adition, la succession légitime serait-elle dévolue à l'agnat du degré suivant ?

R. La loi des Douze Tables n'autorisait point cette dévolution de degré en degré : faute par le plus proche de recueillir l'hérédité à lui déférée, aucun autre agnat ne pouvait se présenter comme tel à la succession (1). Justinien, dérogeant à la rigueur de cette règle, admet la dévolution entre agnats, comme elle avait lieu, d'après le droit prétorien, entre les cognats. Ainsi l'agnat le plus éloigné l'emportera toujours sur tous les cognats, même les plus proches ; car la priorité de degré n'établit qu'une préférence relative entre successibles du même ordre.

D. A qui devait être déférée la succession des enfants émancipés lorsqu'ils n'avaient pas d'héritiers siens ?

(1) Seulement, les préteurs appelaient dans l'ordre des cognats ceux qui ne pouvaient user de leurs droits d'agnation.

R. L'émancipé n'a plus d'agnats. Ils étaient remplacés pour lui, comme pour les affranchis auxquels il était assimilé, par le patron, qui, à défaut d'héritiers siens, était appelé en second ordre. Ce patron était le père de famille ou l'acheteur, selon que l'enfant avait été émancipé avec ou sans fiducie (voy. livre I^er^, tit. XII). Il fut toujours l'ascendant émancipateur lorsque, sous Justinien, l'émancipation, simplifiée dans sa forme, fut toujours censée, quant à ses effets, avoir été faite *quasi contracta fiducia*. — C'est à ce patron que la succession de l'émancipé fut dévolue, à défaut d'héritiers siens, jusqu'à ce que Justinien lui préférât les frères et sœurs du défunt (voy. *Vinnius*, sur le § 8).

D. Tant que les fils de famille n'eurent rien en propre, il est évident qu'ils ne purent avoir aucun héritier. Mais l'introduction des différents pécules eut-elle pour conséquence immédiate de leur permettre d'avoir une hérédité *ab intestat* ?

R. Non ; et lors même que les fils de famille eurent obtenu le droit de disposer par testament de leur pécule castrans ou quasi-castrans, ils n'eurent aucune hérédité *ab intestat*. Quand les fils de famille mouraient sans avoir testé, les pécules castrans ou autres restaient dans le droit commun, et le père de famille les reprenait, non par droit héréditaire, mais par droit de puissance, et comme chose lui appartenant (voy. liv. II, tit. XII). Sous les empereurs de Constantinople, les biens provenant au fils de famille, soit de sa mère, soit en général de la ligne maternelle, et dont il conserva la nue propriété, comme de tout ce qui composait son pécule adventice, formèrent une hérédité exceptionnelle qui fut dévolue *ab intestat*, dans l'ordre suivant : 1o à ses enfants ou descendants ; 2o à ses frères et sœurs ; 3o à son père et à ses autres ascendants, selon leur degré. — Justinien étendit cet ordre successif aux pécules castrans et quasi-castrans qui revinrent *ab intestat* : 1o aux enfants du fils de famille ; 2o à ses frères et sœurs. A défaut de descendant et de frères ou sœurs *(nullis liberis vel fratribus superstitis, pr. quib, non et perm.)*, le père de famille fut appelé à les accueillir *(jure communi ibid.)*, c'est-à-dire, suivant Théophile, par droit de puissance paternelle, et non par droit de succession (1).

(1) Suivant Vinnius et M. Ducaurroy, *jure communi* veut dire par droit de succession, par le droit commun des successions introduites par Justinien. M. Ortolan adopte le commentaire de Théophile, et pense par conséquent que le père ne reprenait les biens castrans ou

Note sur l'ancienne succession des gentils.

A défaut d'héritiers siens et d'agnats, la loi des Douze Tables appelait à la succession *ab intestat* les gentils *(gentiles)*. Gaius nous annonce (3, 17) que tout ce qui concernait cette troisième classe d'héritiers légitimes était, de son temps, tombé tout à fait en désuétude. *Intestatorum hæreditas*, dit Paul, l. IV, t. VIII, § 3, *lege* XII *Tabularum primum suis hæredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentilibus* (ou *gentibus*) *deferebatur*. Ulpien nous a conservé les termes mêmes de la loi des Douze Tables : SI INTESTATO MORITUR CUI SUUS HÆRES NEC ESCIT, ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO ; SI ADGNATUS NEC ESCIT, GENTILES FAMILIAM HABENTO. (Tab. v. § 2, 3).

Mais qu'est-ce que la *gens*, qu'est-ce que les *gentiles?*— C'est une question qui a enfanté bien des systèmes. La difficulté vient de ce que divers textes, en nous apprenant que la *gens* était une agrégation de personnes portant le même nom (*qui inter se eodem nomine sunt. Cicer., top.* 6), et paraissant par conséquent descendre d'un auteur commun, de mâle en mâle, ne nous expliquent pas en quoi la *gens* différait de la *familia*, en quoi les *gentiles* différaient des *agnati* (1). Réduits à des conjectures sur ce point, d'anciens auteurs avaient supposé que les gentils étaient des agnats, mais à un degré si éloigné, qu'ils ne pouvaient plus reconnaître leur parenté qu'à la communauté de nom. Ce système n'est pas soutenable ; pour que la gentilité pût devenir, comme elle l'était d'après les Douze Tables, un titre à la succession, il fallait évidemment qu'il y eût des moyens de reconnaître la proximité de degré. D'ailleurs les textes ne permettent pas de douter que les gentils ne fussent une classe de parents et d'héritiers entièrement distincts des agnats.—Niebuhr croit que la *gens* était une association de familles unies, non par

quasi-castrans qu'autant qu'il était le chef de la famille.—Voyez la note (1), *page* 270, Liv. II, tit. XII.

(1) Un grand nombre de textes distinguent et mettent en parallèle les agnats et les gentils : " *Et in hominibus quædam sunt agnationes ac gentilitates, sic in verbis: ut enim ab Æmilio homines orti Æmilii, ac gentiles.*" Varron. " *At privata (sacra) quæ pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt.*" Festus. ' *Si furiosus est agnatorum gentiliumque in eo.*" Cicéron.

la consanguinité, mais pas un lien purement politique. Denys d'Halicarnasse dit que Romulus divisa les curies en décuries. Les décuries, suivant Niebuhr, c'étaient les *gentes*. Cette théorie a séduit quelques esprits par son originalité et sa simplicité. Mais c'est sa simplicité même qui nous la fait repousser. Comment admettre que si la *gens* eût été la décurie, les textes ne l'eussent pas dit ? Or, non seulement les définitions de Scævola, de Festus et de Varron (que nous rapporterons en note) n'en disent rien, mais ces termes sont véritablement inconciliables avec la pensée de Niebuhr, en ce qu'ils attachent visiblement à la gentilité l'idée d'une origine commune. Aussi cette théorie, quoiqu'elle ait été relevée récemment par M. Giraud et appuyée par d'habiles arguments (1), ne nous paraît-elle pas destinée à vaincre les résistances qu'elle a rencontrées.—M. Ortolan, t. II de l'édition de 1847, p. 38, a émis l'opinion hasardée que la *gens* était la famille du patron, par rapport à la descendance de l'affranchi. Dans cette hypothèse, les gentils (la famille affranchissante) auraient succédé, sans réciprocité, à des non-gentils (la famille de l'affranchi), tandis qu'il est évident, d'après les textes, que les gentils se succédaient entre eux comme gentils. Cette opinion, d'ailleurs, ne tient compte ni du caractère exclusif et praticien que la *gens* avait, comme nous allons le rappeler, ni du lien de consanguinité que la gentilité suppose au moins ordinairement (2). M. Laferrière, reprenant, en la modifiant, la thèse d'anciens auteurs, soutient que la gentilité ne diffère de l'agnation que comme le genre de l'espèce, et que l'agnation comprenait exclusivement les

(1) La dissertation de M. Giraud, lue à l'Académie des sciences morales, a été insérée dans la *Revue de législation*, t. III de 1846, p. 385 ; elle a été réfutée par M. Troplong dans le même recueil, t. I, de 1847, p. 5.

(2) *Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus et is qui simili nomine appellatur*. Festus, v. *Gentilis*. Voyez aussi le texte de Varron cité dans l'avant-dernière note. Cicéron, voulant donner l'exemple d'une définition complète, cite celle que Scævola donnait des gentils : *Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt.* NON SATIS EST. *Qui ab ingenuis oriundi sunt.* NE ID QUIDEM SATIS EST. *Quorum majorum nemo servitutem servivit.* ABEST ETIAM NUNC. *Qui capite non sunt diminuti.* HOC FORTASSE SATIS EST (*top.* 5). Cette définition, malgré les obscurités qu'elle peut laisser, indique bien le lien de la consanguinité comme la base de la gentilité. Le *nomen* suppose, ordinairement au moins, la communauté d'origine.—Le système de M. Ortolan a été réfuté par M. Domengeat, *Inst. de Gaius, traduites*, p. 232, et par M. Laferrière, *Hist. du droit civil de Rome*, p. 459.

parents dont l'auteur commun était l'*aïeul*. Dans ce système, l'arbre généalogique se divise en deux parties, l'une au-dessus, l'autre au-dessous de l'aïeul, qui forme le point de partage entre l'agnation et la gentilité ; tous les parents qui seront au-dessous de l'aïeul, seront considérés comme ayant pu être sous sa puissance : ce seront les agnats ; tous ceux qui seraient obligés de remonter au-dessus de l'aïeul pour trouver une origine commune, seront considérés comme n'ayant jamais pu être dans la même famille spéciale, c'est-à-dire comme n'ayant jamais pu être soumis au même chef : ils seront de simples gentils. Mais, indépendamment de ce que le père et l'aïeul, autorisés à remonter l'arbre généalogique jusqu'à leur propre aïeul pour constituer leur agnation, auraient ainsi des agnats qui ne seraient pas les agnats de leurs descendants, ce qui est inconciliable avec l'unité si fortement caractérisée de la famille romaine, ce système se fonde sur une distinction qui n'existe pas dans les textes. La définition des agnats embrasse tous les parents *per virilem sexum descendentes ;* et si Paul et Gaius citent deux frères nés du même père, ou bien l'oncle paternel et le neveu et leurs descendants, c'est uniquement par forme d'exemple *(sicut, veluti)*. La conséquence nécessaire et avouée de cette doctrine serait d'ailleurs qu'il y aurait eu des *gentes* dans les familles plébéiennes, comme dans les familles patriciennes. Or, rien n'est plus contraire à la tradition qui représente les patriciens comme se vantant d'avoir seuls des *gentes* (1), et au langage des historiens où l'on voit le mot *gens* s'unir à l'adjectif *patricia*, comme le mot *familia* s'unir à l'adjectif *plebeia* (2).

Nous préférons à tous ces systèmes la solution donnée par M. Guérard, p. 224. Suivant cet ingénieux auteur, la *gens* était la famille patricienne, et la *familia*, la famille plébéienne. Chacune de ces familles avait sa constitution particulière et suivait un droit privé différent (voy. *Introd.*, p. 11). Chez les patriciens, l'autorité paternelle n'avait qu'un caractère de tutelle, les enfants n'étaient pas, comme ceux des plébéiens, *in mancipio, loco servorum ;* la famille n'était unie que par le lien de consanguinité *(gens, ingenui, gen-*

(1) *Vos solos gentem habere.* Tit. L., liv. X., chap. VIII.

(1) Ainsi on trouve : *Vir patriciæ gentis ; plebes in qua gentes civium patriciæ non insunt.—Ex patriciis gentibus fieri consules.* Et dans Cicéron, *pro Murena. : Sin autem sunt amplæ et honestæ familiæ plebeiæ.* On ne trouve jamais *gentes plebeiæ.*

tiles). Chez les plébéiens, c'était la puissance paternelle, avec le caractère de domination absolue qu'on leur connaît, qui servait de lien à la famille ; ce n'était pas la consanguinité, c'était l'agnation qui créait et constituait les rapports de parenté civile. Les patriciens donc n'avaient point d'agnats, ils n'avaient que des gentils. La loi des Douze Tables, en rendant général l'état de famille des plébéiens, effaça cette diversité dans la constitution des familles, mais pour l'avenir seulement. Dans chaque branche d'une *gens* patricienne, le père fut investi par la loi décemvirale de la *patria potestas* des plébéiens ; ses enfants, unis désormais par le lien de puissance qui constitue la *familia*, devinrent agnats entre eux. Mais il ne s'établit, il ne peut s'établir aucun lien d'agnation entre les diverses branches de la *gens*, car leur auteur commun, décédé avant la loi des Douze Tables, n'avait point eu sur elles la *patria potestas*, qui seule aurait pu produire l'agnation. Ces diverses branches restèrent donc unies par le seul lien qui les unissait avant les Douze Tables, par la gentilité. Ainsi, supposez trois frères dont les ascendants étaient morts avant la promulgation de la loi décemvirale. Ces trois frères devenus, par l'effet de cette loi, chefs d'autant de *familiæ* différentes, n'étaient point agnats l'un de l'autre, parce que leur père n'avait jamais eu et n'avait pu avoir sur eux la *patria potestas ;* ils n'auraient pu par conséquent se succéder, si la loi des Douze Tables n'eût admis à la succession que les *hæredes sui* et les *agnati ;* et dans le cas où l'un d'eux fût décédé intestat et sans postérité, il n'aurait eu aucun héritier, si la loi n'eût réservé dans l'ordre successif une place aux *gentiles*.

Au reste, la disposition *si agnatus nec escit, gentiles familiam habento*, n'était véritablement qu'une disposition transitoire. A chaque génération, le nombre des agnats augmentait dans les *familiæ* dépendantes ordinairement d'une *gens*, en sorte qu'après deux ou trois siècles, il dut devenir fort rare qu'un citoyen faisant partie d'une de ces *familiæ*, et mourant sans postérité, n'eût aucun agnat, et qu'on fût obligé de recourir à ses gentils pour lui trouver un héritier. Ajoutez à cela que le nombre des *gentes* allait toujours en diminuant, si bien qu'au rapport de Tacite (*Ann.* XI, 23), à la fin de la république presque toutes les familles patriciennes des premiers temps de Rome s'étaient éteintes. Il ne faut donc pas s'étonner si, du temps de Gaius, dans la troisième période de l'histoire romaine, le *gentilium jus* était totalement tombé en désuétude.

Titre III.—*Du sénatus-consulte Tertullien.*

D. La mère pouvait-elle succéder à ses enfants, et réciproquement ?

R. Dans le système rigoureux de la loi des Douze Tables, où, sans se préoccuper des rapports de parenté naturelle, on ne tenait compte que des rapports d'agnation, de parenté civile, la mère et les enfants n'étaient appelés à se succéder que dans un seul cas, qui se présentait de plus en plus rarement au commencement de l'Empire : c'était le cas où la mère était entrée sous la puissance et dans la famille de son mari *(in manu)* (1). En effet, les enfants passant sous la puissance et dans la famille de leur père, et non dans celle de leur mère, ne sont jamais les héritiers siens de celle-ci ; d'un autre côté, la femme restant le plus souvent (et même, à la fin de la troisième période, restant toujours) dans la famille de son père, n'a point de rapports d'agnation avec ses enfants, qui sont, eux, dans la famille de leur père, dans la famille du mari.—Le préteur, il est vrai, admettait la mère et les enfants à se succéder réciproquement, mais seulement comme cognats les plus proches, en leur accordant la possession de biens *unde cognati ;* or, le plus proche des cognats n'arrive qu'en troisième ordre, à défaut d'héritiers siens et d'agnats.

D. Comment dérogea-t-on à la rigueur de ce système ?

R. Claude fut le premier qui déféra l'hérédité légitime, c'est-à-dire le droit de succéder d'après le droit civil, et comme agnate, non pas à la mère en général, mais à une mère en particulier pour la consoler d'avoir perdu ses enfants.

(1) Lorsque la femme passait sous la puissance de son mari *(in manu)* par suite de la *coemption*, de la *confarréation avec convention spéciale*, ou de l'*usucapion* (voy. p. 29 et 121), elle était considérée comme fille de ce dernier, et, par conséquent, comme sœur consanguine des enfants qu'elle lui avait donnés. En cette qualité de consanguins, la mère et les enfants étaient respectivement appelés à se succéder comme agnats.—Le Sc. Tertullien, dont on s'occupe ici, et le Sc. Orphitien, dont il sera question au titre suivant, ont voulu que la mère et les enfants se succédassent ainsi dans tous les cas, et lors même que la mère ne serait pas passée dans la famille de son mari, *sine in manum conventione* (*Ulp.* 26, § 7).

Plus tard, un sénatus-consulte appelé Tertullien (1) établit, en règle générale, le droit pour la mère, de succéder à son enfant *intestat*, mais dans le cas seulement où elle aurait mis au jour trois enfants, si c'était une ingénue, et quatre si c'était une affranchie. Cependant le prince admit quelquefois à l'hérédité des mères qui n'avaient point le nombre d'enfants exigé. Théodose, et après lui Justinien, changeant cette indulgence en règle, appellent la mère à l'hérédité du seul enfant qu'elle aurait eu.

D. L'aïeule a-t-elle été appelée à jouir du même bénéfice que la mère ?

R. Non ; ce bénéfice est restreint à la mère *(non etiam aviæ*, § 2).

D. La mère n'est-elle pas quelquefois privée du bénéfice du Sc. Tertullien ?

R. Oui ; on la repousserait de la succession de son enfant décédé impubère (2), si elle avait négligé de demander pour lui un tuteur, ou de faire remplacer dans l'année le tuteur exclu ou excusé.

D. Quelles sont les personnes qui sont préférées à la mère d'après le Sc. Tertullien ?

R. La mère est placée, par ce Sc., au rang des agnats ; conséquemment, elle ne vient, comme eux, qu'à défaut d'héritiers siens ou des personnes appelées comme telles au premier rang. La mère ne vient aussi à la succession de sa fille prédécédée qu'autant que celle-ci n'a pas d'enfants, quoiqu'ils ne soient pas héritiers siens ; telle est la disposition du Sc. Orphitien (dont nous parlerons dans le titre suivant).

D. Parmi les agnats ou ceux qui en tiennent lieu, n'y a-t-il pas des personnes qui sont préférées à la mère, ou qui concourent avec elle ?

R. Lorsque l'enfant est devenu *sui juris* par émancipation

(1) Porté l'an 911 de Rome, 158 de J.-C., sous le règne d'Antonin le Pieux, que le texte, § 2, appelle Adrien, du nom de son père adoptif.—Quelques auteurs cependant pensent que ce sénatus-consulte remonte au règne d'Adrien. Voy. Heinneccius, liv. III, tit. III. Nous croyons néanmoins, avec M. Demangeat, tome II, p. 36, note 4, qu'il doit être placé sous le règne d'Antonin le Pieux.

(2) L'enfant qui, devenu pubère, n'a point institué d'héritier testamentaire, est censé avoir excusé la négligence de sa mère.

(1), la mère est exclue par le père, soit que celui-ci vienne à la succession d'après le droit civil comme émancipateur, soit qu'il n'y vienne que d'après le droit prétorien, comme fils de l'aïeul émancipateur. Mais la mère exclurait l'aïeul émancipateur si celui-ci était seul, c'est-à-dire si le père n'existait pas ; car si le père était capable de recueillir l'hérédité au défaut de l'aïeul, la mère n'exclurait celui-ci que pour être exclue par le père ; alors, au défaut de la mère, l'aïeul reprendrait ses droits : il est plus court de les lui conserver directement. Ainsi, dans le cas où le père existe, l'aïeul est préféré à la mère.

Quand l'enfant est devenu *sui juris* sans diminution de tête, il n'existe pas d'ascendants mâles et paternels ; alors la mère, qui se trouve l'agnat le plus proche, semblerait devoir exclure tous les autres : cependant elle ne vient qu'après les frères consanguins, et ne concourt que pour moitié avec les sœurs consanguines. S'il existait un frère consanguin et une ou plusieurs sœurs consanguines, ils partageraient entre eux la succession à l'exclusion de la mère.

L'hérédité serait dévolue à la mère, si les personnes qui lui sont ainsi préférées répudiaient : la dévolution a de tout temps été admise pour ce cas.

D. Le Sc. Tertullien ne reste-il pas quelquefois sans effet en faveur de quelques cognats ?

R. Oui ; lorsqu'il existe un fils ou une fille du défunt dans une famille adoptive au moment du décès, ou lorsqu'il s'agit de la succession d'un petit-fils qui était resté dans la famille de l'aïeul après l'émancipation ou l'adoption de son père, le Sc. Tertullien demeure sans effet, en sorte que la mère, n'étant plus appelée qu'en troisième ordre, et comme cognate, recueille, en concurrence avec les enfants ou le père, non pas l'hérédité, mais la possession de biens ; car ils se trouvent tous au premier degré dans la classe des cognats. Cependant, s'il existait un agnat qui pût exclure tous les cognats, et par conséquent, dans l'espèce, les enfants et le père, le Sc. recevrait son application, parce qu'il ne nuirait point à ces derniers, et la mère serait préférée à cet agnat.

(1) Remarquez que quand le Sc. Tertullien s'occupe de la succession d'un enfant, il le suppose *sui juris*. En effet, à l'époque où le Sc. a été porté, les fils de famille n'avaient point encore l'hérédité légitime.

D. Le droit accordé à la mère resta-t-il jusqu'à Justinien tel qu'il résultait du Sc. Tertullien ?

R. Non. Des constitutions avaient introduit quelques modifications à ce sénatus-consulte : on avait accordé un tiers aux mères qui n'avaient pas le nombre d'enfants exigé ; à celles qui l'avaient, on avait, à l'inverse, retranché un tiers pour le donner à certain agnats (1). Justinien a supprimé ces distinctions, et a décidé que la mère succéderait en totalité, et par préférence à tous les agnats, à l'exception pourtant de ceux que le Sc. Tertullien exceptait lui-même, c'est-à-dire du père et des frères et sœurs consanguins, auxquels l'empereur assimile les frères et sœurs utérins. Lorsqu'il y a des frères ou sœurs consanguins ou non, Justinien les admet en concurrence avec la mère ; et, dans ce cas, voici comment la succession doit se diviser. Lorsqu'il n'existe que des sœurs, la mère prend la moitié ; mais lorsqu'il existe un ou plusieurs frères, soit seuls, soit avec des sœurs, la succession se partage par tête, et la mère n'a qu'une part virile.

D. La mère ne succède-t-elle, en vertu du Sc. Tertullien, qu'aux enfants qu'elle a eus d'un mariage légitime ?

R. Elle succède à tous ses enfants, même à ceux dont le père est incertain *(vulgo quæsitis)*.

TITRE IV. — *Du sénatus-consulte Orphitien.*

D. Par réciprocité *(per contrarium)*, les enfants n'ont-ils pas été admis à l'hérédité maternelle ?

R. Oui ; l'hérédité maternelle a été déférée aux fils et filles, non par le Sc. Tertullien, mais par un sénatus-consulte postérieur, le Sc. Orphitien (2). Les fils et filles, qu'ils soient ou non soumis à la puissance d'autrui, sont préférés à tous les consanguins et agnats de la défunte.

D. Sont-ils aussi préférés à la mère de la défunte ?

R. Ils ne lui étaient pas préférés d'après le Sc. Orphitien ; ce sénatus-consulte n'avait fait qu'appeler les enfants à l'hérédité de leur mère, dont l'ancien droit les excluait, parce

(1) A l'oncle, à ses fils et petits-fils.

(2) Porté l'an 931 de Rome, 178 de J.-C., sous le règne de Marc Aurèle et de Commode, sous le consulat d'Orphitus et de Rufus.

qu'ils n'étaient ni héritiers siens, ni agnats de la défunte ; de sorte qu'il y avait concurrence et partage entre les enfants, qui venaient à la succession en vertu du Sc. Orphitien, et la mère, qui y venait en vertu du Sc. Tertullien. Cette concurrence fut supprimée par les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, qui assurèrent la préférence aux enfants de la défunte (§ 3).

D. Les petits-enfants succédaient-ils, comme les enfants, en vertu du Sc. Orphitien ?

R. De même que le Sc. Tertullien n'appelait que la mère et non l'aïeule à succéder à leurs descendants, le Sc. Orphitien n'avait appelé que les fils et filles, sans aller jusqu'aux petits-enfants ; mais des constitutions postérieures ont admis les petits-enfants à la succession de leur aïeule (voy. ce que nous avons dit sur l'hérédité de celle-ci, p. 364, liv. III, t. 1er).

D. Les droits de succession accordés par les Sc. Tertullien et Orphitien se perdent-ils par la petite diminution de tête (1) ?

R. Non ; il n'en est pas de ces hérédités nouvelles comme de celles qui sont déférées par la loi des Douze Tables. Celles-ci, étant fondées uniquement sur le droit de famille, se perdent par la diminution de tête ; mais celles-là, reposant sur les liens du sang, survivent à la perte des droits de famille.

D. Le Sc. Orphitien est-il applicable aux enfants *vulgo concepti*, qui sont aussi appelés *spurii ?*

R. Oui ; ce sénatus-consulte les admettait à la succession de leur mère, aussi bien que les enfants nés d'un concubinat ou de justes noces. Justinien a seulement établi une exception pour le cas où les *spurii* seraient nés d'une mère *illustre* qui aurait d'autres enfants issus de justes noces ; dans ce cas, les *spurii* ne peuvent rien recevoir de leur mère, ni par donations entre-vifs, ni par testament, ni *ab intestat* (2).

(1) Ils se perdraient par la grande ou la moyenne diminution de tête : il faut être citoyen au moment de l'adition pour succéder, même en vertu des Sc. Tertullien et Orphitien, parce que l'hérédité est un droit civil (*Paul*, 4, t. x, §§ 2 et 3).

(2) Observez qu'à l'égard de la mère, on ne distingue pas les enfants en légitimes et en naturels, et que cette distinction n'existe

D. Si l'hérédité légitime étant déférée à plusieurs concurremment, quelques-uns font défaut, soit parce qu'ils ont répudié, soit parce qu'ils sont morts ou devenus incapables avant de l'avoir recueillie, que devient leur portion ?

R. La portion des défaillants accroît à leurs cohéritiers qui ont fait adition, ou aux héritiers de ceux-ci, lorsque ces cohéritiers sont morts après leur adition, mais avant l'ouverture du droit d'accroissement (1).

TITRE V.—*De la succession des cognats.*

D. Dans quel ordre les cognats viennent-ils à la succession ?

R. Ils viennent en troisième ordre, c'est-à-dire après les héritiers siens ou réputés tels, et après les agnats et les personnes qui leur ont été assimilées. Ce troisième ordre de succession a été créé par le préteur pour offrir une dernière ressource aux parents que la rigueur du droit civil aurait exclus de l'hérédité (2).

D. Quelles personnes le préteur admet-il dans ce troisième ordre ?

R. Le préteur y admet tous les parents, sans autre pré-

qu'à l'égard du père. En effet, ce n'était pas, comme chez nous, à raison de leur naissance, mais parce qu'ils étaient unis à leurs parents par des liens tantôt civils, tantôt purement naturels, que les enfants se distinguaient en légitimes et en naturels. Aussi, les enfants nés de justes noces devenaient *naturels* en sortant de la famille paternelle par émancipation ; ceux qui étaient nés *ex concubinatu* devenaient légitimes par le mariage subséquent ou l'oblation à la curie. La mère, qui n'avait point ses enfants dans sa famille, qui ne leur était unie que par les liens du sang, n'avait qu'une espèce d'enfants : ils étaient tous naturels et admis sans distinction par le préteur à la possession de biens *unde cognati* ; dès que le droit civil les eût admis à l'héridité, ils furent tous, sous ce rapport, considérés comme légitimes (voy. M. *Ducaurroy*, nos 868 et 870).

(1) Appliquez ici ce que nous avons dit du droit d'accroissement (p. 335, liv. II, tit. XX).

(2) Le préteur ne pouvant pas donner un droit d'hérédité proprement dit, mais la possession de biens, l'ordre des cognats n'est pas, comme celui des héritiers siens ou des agnats, un ordre d'héritiers proprement dits, mais seulement un ordre de possesseurs de biens (voy. le tit. IX, ci-après).

férence entre eux que celle qui résulte de leur plus ou moins grande proximité avec le défunt (*proximitatis nomine*, § 5), et sans distinction entre ceux qui sont et ceux qui ne sont point de la même famille que lui ; car c'est uniquement la parenté naturelle qui est ici considérée. Ainsi le parent qui, par une petite diminution de tête, aurait perdu le titre d'agnat du défunt, et qui, en raison de cela, ne serait point appelé (*inter legitimos*) comme héritier légitime (1), pourrait être admis en troisième ordre. Il en est de même des collatéraux (2) qui ne sont parents que par les femmes.

D. Les enfants qui se trouvent dans une famille adoptive peuvent-ils être appelés à la succession de leur père naturel comme cognats ?

R. Oui, parce que, comme nous l'avons dit, on ne considère pas ici les liens de famille, mais les liens du sang.

D. L'adopté peut-il être appelé comme cognat à la succession de ses agnats adoptifs ?

R. Oui, tant que dure l'agnation produite par l'adoption, l'adopté est en même temps agnat et cognat des personnes qui composent la famille adoptive ; car tout agnat est nécessairement cognat (L. 25, ff. *de adop.* 8, 48 ; I. 1, § 5, ff. *unde cogn.* 38, 8) (3).

(1) Remarquez que le prêteur n'a point appliqué aux agnats la fiction qui, à l'égard des héritiers siens, fait regarder la diminution de tête comme non avenue. L'agnat qui cesse de l'être n'est donc point appelé par le prêteur en second ordre ; pour qu'il pût s'y maintenir, il faudrait que le droit civil eût établi en sa faveur une exception spéciale. Telle est celle qu'Anastase a accordée aux frères et sœurs émancipés, et que Justinien a étendue aux neveux et aux nièces (v. p. 371, liv. III, tit. II).

(2) Le texte (§ 2), en s'occupant des parents par les femmes, ne parle que des collatéraux, à cause des exceptions introduites en faveur des ascendants et des descendants par les Sc. Tertullien et Orphitien, et par les constitutions postérieures.

(3) D'après cela il faut reconnaître que c'est à tort que la plupart des commentateurs ont distingué trois espèces de parenté : l'une purement civile, l'autre purement naturelle, la troisième mixte, c'est-à-dire à la fois naturelle et civile ; il n'y a jamais de parenté purement civile. Ces commentateurs ont été induits en erreur par un fragment de Modestin (L. 4, § 2, ff. *de grad. et affin.*), où ce jurisconsulte, en parlant de la cognation, dit qu'elle peut se former de trois manières : 1o indépendamment de tout lien civil, par le lien du sang, *e. g*, entre la mère et les enfants, entre deux frères *vulgo concepti* ; 2o sans aucun

D. Cette cognation fictive cessant avec l'agnation dont elle n'est ici qu'une conséquence, il semble que la place qu'on réserve à l'adopté en troisième ordre est inutile : car il ne peut plus prétendre à cette place lorsqu'il est sorti de la famille, et lorsqu'il y est encore, il vient comme agnat parmi les héritiers légitimes du deuxième ordre ?

R. La difficulté disparaît, lorsqu'on se rappelle qu'avant Justinien il n'y avait point dévolution d'un agnat à l'autre, en sorte que, lorsque le plus proche en faveur de qui la succession s'était exclusivement ouverte ne voulait ou ne pouvait pas se porter héritier, les autres agnats n'étaient point appelés à sa place comme héritiers légitimes, et avaient dès lors intérêt à se présenter comme cognats en troisième ordre.

D. Les enfants *vulgo concepti* peuvent-ils se succéder les uns aux autres ?

R. Ces enfants ne sont point agnats entre eux, puisque, leur père étant inconnu, ils ne sont parents que par les femmes, et ne sont point dans la même famille ; mais ils peuvent se succéder comme cognats.

D. Le préteur admet-il à la succession les cognats de quelque degré qu'ils soient ?

R. Non ; le préteur n'admet que les cognats du sixième degré, et, parmi ceux du septième, les enfants du cousin et de la cousine issus de germains. En cela le troisième ordre de succession diffère des deux premiers ; car, par exemple, les agnats seraient appelés soit à l'hérédité légitime, soit à la possession de biens *unde legitimi*, fussent-ils du dixième degré (1).

TITRE VI. — *Des degrés de parenté.*

D. Faites-nous connaître les divers degrés de parenté ;

lien de sang, par la parenté fictive qui résulte de l'adoption ; 3o enfin par le lien du sang réuni au lien civil, entre le père et les enfants qu'il a eus de justes noces. Les distinctions que Modestin faisait sur l'origine de la parenté, on les a mal à propos appliquées à la parenté elle-même (voy. M. *Ducaurroy*, nº 878).

(1) *Etsi decimo gradu sit*, dit le texte (§ 5). Le dixième degré n'est pas une limite positive ; il indique seulement, par forme d'exemple, un degré aussi éloigné que possible parmi ceux que présente le cours ordinaire de la vie (voy. *Vinnius* et M. *Ducaurroy*, nº 881).

ce que vous avez dit au titre précédent prouve assez combien cela est important ?

R. On distingue dans la parenté deux lignes : la ligne *directe*, qui se subdivise en supérieure ou ascendante et inférieure ou descendante, et la ligne *collatérale*. La ligne directe compte, tant au-dessus qu'au-dessous, des parents du premier degré ; la ligne collatérale ne commence qu'au second degré.

Au premier degré sont ; dans la ligne supérieure, le père et la mère ; dans la ligne inférieure, le fils et la fille.

Au second degré sont : dans la ligne supérieure, l'aïeul *(avus)* et l'aïeule *(avia)* ; dans la ligne inférieure, le petit-fils *(nepos)* et la petite-fille *(neptis)* ; dans la ligne collatérale, le frère et la sœur.

Au troisième degré sont : au-dessus, le bisaïeul *(proavus)*, la bisaïeule *(proavia)* ; au dessous, l'arrière-petit-fils *(pronepos)*, l'arrière-petite-fille *(proneptis)* ; dans la ligne collatérale, le fils et la fille du frère ou de la sœur *(fratris sororisque filius, filia)*, l'oncle paternel *(patruus)*, l'oncle materne *(avunculus)*, la tante paternelle *(amita)*, la tante maternelle *(matertera)*.

Au quatrième degré sont : au-dessus, le trisaïeul *(abavus)*, la trisaïeule *(abavia)* ; au-dessous, le fils et la fille des arrière-petits-enfants *(abnepos, abneptis)* ; dans la ligne collatérale, le petit-fils, la petite-fille du frère ou de la sœur, le grand-oncle, la grand'tante paternels *(patruus magnus, amita magna)*, c'est-à-dire le frère, la sœur de l'aïeul, le grand-oncle, la grand'tante maternels *(avunculus magnus, matertera magna)*, c'est-à-dire le frère, la sœur de l'aïeule, enfin les cousins et cousines (1).

Au cinquième degré sont : parmi les ascendants, le quadrisaïeul *(atavus)*, la quadrisaïeule *(atavia)* ; parmi les descendants, le petit-fils, la petite-fille des arrière-petits-enfants *(atnepos atneptis)* ; parmi les collatéraux, les arrière-petit-fils et arrière-petite-fille du frère et de la sœur, les arrière-grand-oncle et arrière-grand'tante paternels *(propatruus, proamita)*, c'est-à-dire les frère et sœur du bisaïeul ; les arrière-

(1) Le cousin, la cousine sont appelés en général *consobrinus, consobrina ;* cependant, cette expression s'applique plus proprement aux enfants des deux sœurs ; alors on appelle *patrueles* les enfants de deux frères, et *amitini* les enfants d'un frère et d'une sœur.

grand-oncle et arrière-grand'tante maternels (*proavunculus, promatertera*), c'est-à-dire le frère et la sœur de la bisaïeule ; le fils et la fille du cousin et de la cousine, le cousin du père ou de la mère, c'est-à-dire le fils, la fille du grand-oncle ou de la grand'tante paternels, du grand-oncle ou de la grand'tante maternels (1).

Au *sixième degré* sont : au-dessus, le quintisaïeul (*tritavus*), la quintisaïeule (*tritavia*) ; au-dessous, les arrière-petit-fils et arrière-petite-fille des arrière-petits-enfants (*trinepos, trineptis*) ; en ligne collatérale, les petit-fils et petite-fille des petits-enfants du frère ou de la sœur, le frere et la sœur du trisaïeul (*abpatruus, abamita*), le frère et la sœur de la trisaïeule (*abavunculus, abmatertera*), le fils, la fille des arrière-grand-oncle et arrière-grand'tante maternels, le petit cousin et petite cousine (*sobrinus, sobrina*).

D. Au delà du sixième degré, les parents ont-ils une dénomination particulière à chacun ?

R. Non ; on se contente de les compter par génération (2).

D. Le lien du sang qui existe entre deux esclaves leur donne-t-il le droit de se succéder les uns aux autres lorsqu'ils sont devenus libres et citoyens ?

R. Cette parenté servile était méconnue par le droit civil et par le droit prétorien, ou plutôt elle était dénuée de l'effet que la parenté produit quant au droit de succession (voy. p. 135, liv. I, tit. x). Mais Justinien, dérogeant à cette rigueur, a voulu que la parenté servile suffît aux enfants pour succéder à leur père et mère, et même pour se succéder entre eux.

D. La proximité de degré donne-t-elle toujours la préférence dans la succession ?

(1) Le cousin de mon père et de ma mère est appelé *propior sobrino*, parce qu'il est nécessairement d'un degré moins éloigné que son propre fils, qui est mon *sobrinus*. En effet, les enfants des cousins (*consobrini*) se nomment entre eux *sobrini*.

(2) Voy., sur la manière de compter les degrés, ce que nous avons dit p. 131, liv. I, tit. x.—Bien que le texte ne parle pas d'agnats remontant au delà du dixième degré, *et si decimo gradu sit*, il est bien certain qu'il n'entend pas exclure ceux qui remontent au delà. L'expression n'est point limitative, mais employée seulement à titre d'exemple.—Voy. Demangeat, tome II, p. 56.

R. Non ; un parent d'un degré plus éloigné concourt quelquefois avec un autre plus proche, et quelquefois même l'exclut. En effet, c'est seulement lorsqu'il n'existe pas d'héritier sien ni d'agnats que l'antériorité de degré est un titre de préférence. Ainsi, les petits-enfants héritiers siens sont préférés aux frères et sœurs du défunt, qui occupent comme eux le second degré, et même aux père et mère qui occupent le premier.

Titre VII.—*De la succession des affranchis.*

D. A qui la succession d'un affranchi était-elle déférée d'après la loi des Douze Tables ?

R. Elle était déférée par testament aux institués ; *ab intestat*, elle appartenait aux héritiers siens, et ensuite au patron, qui tenait lieu d'agnats ; de sorte que, pour exclure son patron, il suffisait à l'affranchi d'instituer un héritier testamentaire ou d'adopter un étranger pour en faire son héritier sien (1).

D. Le droit prétorien n'a-t-il pas remédié à cet abus ?

R. Oui ; d'après l'édit du préteur, lorsque l'affranchi a fait un testament sans rien laisser au patron, ou même sans lui laisser la moitié de la succession, celui-ci obtient la possession de biens *contra tabulas* pour la moitié, à moins que l'institué ne soit un enfant naturel du testateur. Si l'affranchi est décédé *intestat*, le patron obtient également la possession de biens pour moitié, lorsqu'il n'y a que des héritiers siens adoptifs (*Ulp.*, t. XIX, § 1). — Les enfants naturels excluraient le patron, quand même ils auraient été émancipés ; mais ils ne l'excluraient pas s'ils avaient été légalement exhérédés.

D. La patronne et les enfants du patron avaient-ils les mêmes droits que lui ?

R. D'après la loi des Douze Tables, les enfants du patron avaient, à défaut de leur père, les mêmes droits que lui ; la

(1) Dans l'ancien droit, le patron ne craignait pas de perdre la succession d'une affranchie : car, d'une part, les femmes n'ont pas d'héritiers siens ; de l'autre, les femmes *sui juris* étaient en tutelle perpétuelle et ne pouvaient faire de testament sans l'autorisation de leur tuteur, et le tuteur d'une affranchie, c'était son patron (*Gaius*, 3, 43 ; voy. p. 159, liv. 1, tit. XVII).

patronne avait dans la succession de ses affranchis les mêmes droits qu'un patron. A cet égard, le sexe n'établissait aucune différence ; mais le droit prétorien, en accordant au patron et à ses enfants mâles les possessions de biens dont nous venons de parler, les refusait à la patronne et aux filles du patron. Cependant la loi Papia Poppea admit une exception en faveur des femmes qui avaient un certain nombre d'enfants.

D. La loi Papia Poppea ne donne-t-elle pas au patron le droit de concourir, en certains cas, avec les enfants naturels de l'affranchi ?

R. Oui ; cette loi accorde au patron le droit de concourir avec les enfants naturels pour une part virile, mais seulement lorsque l'affranchi *testat* ou *intestat* laisserait moins de trois enfants et une fortune de cent mille sesterces. Le même droit ne fut entièrement accordé parmi les patronnes qu'aux ingénues qui seraient mères de trois enfants.

D. Quel est le système établi par Justinien ?

R. Lorsque l'affranchi a fait un testament, Justinien distingue, d'après la fortune du défunt, s'il est *minor* ou *major centenarii* (1). Dans le premier cas, le patron n'a que ce qui lui est attribué par le testament ; dans le second cas, Justinien conserve au patron la possession *contra tabulas*, mais en la réduisant de moitié au tiers (2). *Ab intestat*, quelle que soit la fortune de l'affranchi, le patron ne succède qu'en second ordre, comme il aurait succédé d'après la loi des Douze Tables, sans jamais concourir avec aucun enfant du défunt.

D. Ce que vous venez de dire de l'affranchi et de ses enfants s'applique-t-il à l'affranchie et à ses enfants ?

(1) Est *centenaire* celui qui a cent pièces d'or (*aurei*) ; une pièce d'or valait cent sesterces. Ainsi les milles pièces d'or de la loi Papia portée sous le règne d'Auguste, sont évaluées par Justinien, pour le temps où il vivait, à cent pièces d'or.

(2) Du reste, la constitution de Justinien, comme le droit honoraire, ne permet pas que le patron profite de cette possession de biens au préjudice des enfants naturels de l'affranchi. Ce n'est qu'à défaut de ces derniers, ou lorsqu'il ne leur reste aucun moyen de succéder, soit en obtenant la possession *unde liberi* ou *contra tabulas*, soit en exerçant la plainte d'inofficiosité, que le patron peut demander le tiers qui lui est réservé. Ce tiers ne peut être grevé d'aucune charge, pas même au profit des enfants du défunt ; les legs et les fidéicommis seraient alors supportés par les autres héritiers institués.

R. Oui ; la constitution de Justinien s'applique également à l'affranchie et à ses enfants ; elle s'applique aussi à la patronne comme au patron mâle.

D. A défaut du patron et de la patronne, leurs enfants sont-ils admis à la succession de l'affranchi ?

R. Oui ; Justinien y admet leurs enfants et même leurs parents collatéraux, jusqu'au cinquième degré, et cela à l'exclusion de tous les parents collatéraux de l'affranchi, parce que (comme nous l'avons vu, p. 388, liv. III, tit. VI) la parenté servile ne sert à personne, si ce n'est, depuis Justinien, aux enfants de l'affranchi, lesquels, lors même qu'ils auraient été conçus avant l'affranchissement, excluent le patron de la succession de leur père.

D. Lorsque la succession de l'affranchi est dévolue aux enfants du patron, le plus éloigné peut-il, par représentation, concourir avec le plus proche ?

R. Non ; le plus proche exclut toujours le plus éloigné : et ceux qui, étant au même degré, concourent ensemble, partagent par têtes et non par souches.

D. Les règles de l'ancien droit relatives à la succession des affranchis s'appliquaient-elles à tous les affranchis ?

R. Non ; ces règles ne s'appliquaient qu'aux affranchis citoyens romains ; les Latins juniens n'avaient point d'héritiers, parce qu'à leur mort ils étaient censés n'avoir jamais été libres, et que tous les biens qu'ils avaient acquis étaient réputés avoir été acquis au patron, et, par conséquent, avoir été compris dans sa propre succession, s'il était prédécédé (1). Justinien ayant supprimé les diverses classes d'affranchis, le système qu'il a établi s'applique à la succession de tout affranchi indistinctement.

TITRE VIII. — *De l'assignation des affranchis.*

D. Quoique, en règle générale, les biens de l'affranchi soient dévolus concurremment aux enfants du patron prédé-

(1) Les biens de l'affranchi latin n'étaient donc pas déférés aux enfants du patron prédécédé, mais aux héritiers de celui-ci. Or, il peut souvent arriver que les enfants ne soient pas héritiers ; et, dans ce cas, le sénatus-consulte Largien voulut cependant qu'on les préférât aux externes qui auraient recueilli l'hérédité du patron, à moins que les enfants n'eussent été formellement exhérédés.

cédé qui sont au même degré, le patron ne peut-il pas attribuer d'avance la totalité des droits à l'un de ses enfants ?

R. Oui ; il peut assigner l'affranchi à l'un de ses enfants qui doit recueillir seul l'hérédité comme s'il était lui-même l'unique patron du défunt ; ce n'est qu'autant que cet enfant mourrait sans postérité que les autres recouvreraient leurs droits à la succession (1).

D. A quelles personnes peut-on assigner ainsi un affranchi ?

R. On peut assigner ainsi un ou plusieurs affranchis ou affranchies, non seulement à son fils ou à son petit-fils, mais encore à sa fille ou à sa petite-fille, pourvu qu'on les ait sous sa puissance ; et cela quand même les petits-enfants devraient retomber sous la puissanee de leur pere.

D. L'émancipation du fils de famille à qui l'affranchi aurait été assigné annulerait-elle l'assignation ?

R. Oui ; l'assignation ne peut profiter qu'à un fils de famille. Cependant elle subsisterait si elle avait été faite, non pas uniquement à l'émancipé, mais aussi à un autre enfant resté sous la puissance du patron (L. 9, ff. *de assign. lib.*, 38, 4).

D. L'assignation d'un affranchi est-elle soumise à quelque solennité ?

R. Non ; de quelque manière que le patron ait manifesté son intention d'assigner, que ce soit verbalement ou par écrit, ou même par signe, que ce soit entre-vifs ou par acte de dernière volonté, cette intention produit son effet. De même, pour révoquer une assignation précédemment faite, il suffit au patron de manifester une volonté contraire.

TITRE IX.—*Des possessions de biens.*

D. Qu'est-ce que la possession de biens ?

R. C'est le droit accordé par le préteur de recueillir l'uni-

(1) Cette faculté d'assigner a été accordée aux patrons par un sénatus-consulte, rendu l'an de Rome 709, pendant le règne de Claude, et sous le consulat de J. Rufus et de Scapula.

versalité des biens laissés par un défunt, et de le représenter (1).

D. Dans quelles vues le préteur a-t-il créé les possessions de biens ?

R. Le préteur a créé les possessions de biens dans la vue non seulement de corriger l'ancien droit civil en matière d'hérédité *(emendandi veteris juris, pr.)*, mais aussi de le confirmer *(confirmandi*, § 1) et de le compléter (*dilatarit*, § 2).

D. Citez des exemples où le préteur corrige la rigueur de l'ancien droit ?

R. Le préteur corrige l'ancien droit dans les successions *ab intestat*, lorsqu'il accorde la possession de biens *unde liberi* aux enfants qui, à cause d'une diminution de tête, ne seraient point héritiers siens d'après le droit civil (voy. ci-devant, p. 364, liv. III, titre 1er) ; dans le cas où il existe un testament, lorsqu'il accorde la possession de biens *contra tabulas* à un émancipé que le père de famille aurait passé sous silence (voy. p. 278, liv. II, tit. XIII), ou lorsqu'il accorde la possession *secundum tabulas* à un posthume externe que le droit civil, du moins avant Justinien, n'autorisait pas à instituer (2).

(1) Nous avons déjà eu l'occasion de dire que la *bonorum possessio* était à l'hérédité proprement dite ce que l'*in bonis* était à la propriété civile ; c'était la succession prétorienne, la succession du droit des gens.—Voici quelle en dut être l'origine. Le préteur, chargé de la *juridictio*, avait dans ses fonctions de faire livrer et maintenir à l'héritier, en cas de contestations, la possession de biens du défunt. Dans le principe, il dut se contenter d'assurer ainsi l'exécution de la loi, et de donner de fait à l'héritier la possession des biens qui lui revenait de droit. Mais ensuite, il imagina d'accorder la possession de biens à des parents que le droit civil avait laissés de côté, et même dans d'autres cas, de la refuser à l'héritier légal, et de l'attribuer à son détriment à d'autres personnes que l'équité et les liens naturels lui rendaient préférables (voy. au tit. XV, liv. IV, *des interdits*).—Ajoutons qu'après la conquête de l'Italie et des provinces, il fallait créer en faveur des *peregrini* une succession qui pût leur être accordée, à eux qui n'avaient pas droit à l'hérédité proprement dite ou *quiritaire*, et que les préteurs pourvurent à cette nécessité par la possession de biens. Voy. p. 49.

(2) Remarquez que le préteur n'admet point à l'hérédité des personnes que le droit civil aurait expressément repoussées ; car le préteur ne peut pas déroger ouvertement à la loi. Mais il profite de son silence pour appeler des personnes qu'elle a négligées (L. 12, § 1, ff. *de bon. poss.*, 37, 1).

D. Quand le préteur confirme-t-il le droit civil en matière d'hérédité ?

R. Le préteur confirme le droit civil lorsqu'il accorde la possession de biens à des personnes déjà appelées à l'hérédité. C'est ainsi qu'il accorde la possession *unde liberi* non seulement aux enfants séparés de la famille, mais aussi à ceux qui, y étant restés, sont véritablement héritiers siens. C'est ainsi qu'il accorde la possession *unde legitimi* aux agnats et aux personnes que le droit civil appelle à l'hérédité en second ordre. C'est ainsi encore que, dans les successions testamentaires, il accorde la possession *secundum tabulas* à ceux mêmes qui sont valablement institués d'après le droit civil (voy. p. 266, note 1, liv. II, tit. x).

D. De quel avantage est la possession de biens aux personnes déjà appelées par le droit civil ?

R. Il paraît que le seul avantage que retire l'héritier qui demande la possession de biens, consiste en ce qu'il peut faire usage de l'interdit QUORUM BONORUM (dont l'utilité sera expliquée au titre *des interdits)* voy. *Gaius*, c. 3, § 34).

D. Comment le préteur a-t-il complété le droit ancien en matière de succession ?

R. Il l'a complété en créant plusieurs ordres de succession, notamment le troisième ordre *(unde cognati)* pour les plus proches parents. Le préteur, en étendant ainsi le droit de succession, restreint dans des limites trop étroites par la loi des Douze Tables, avait pour but de ne point laisser le défunt sans successeur (1).

D. Ceux qui ne viennent à la succession que d'après le droit prétorien sont-ils vraiment héritiers ?

R. Non, on ne devient héritier qu'en vertu d'une loi, ou des autres actes qui, comme la loi, sont constitutifs du droit ; tel est un sénatus-consulte ou une constitution impériale. Ceux qui ne succèdent que d'après le droit prétorien n'ont donc point la qualité d'héritiers : on les appelle possesseurs de biens *(bonorum possessores) ;* mais ce titre leur donne tous les droits et leur impose toutes les obligations d'un véritable

(1) La loi des Douze Tables ne reconnaissait pour héritiers que les fils de famille, et, après eux, les agnats ou le patron de ses enfants ; de sorte que le défunt pouvait trop souvent n'être représenté par personne, et ses biens vacants être dévolus au fisc.

héritier, dont ils prennent la place *(loco hæredum)* (1).

D. Quel est l'ordre établi par l'édit prétorien entre les différentes possessions de biens ?

R. En suivant la marche tracée par la loi des Douze Tables, l'édit règle d'abord les possessions de biens qui se donnent dans le cas où il existe un testament, pour s'occuper ensuite de celles qui se donnent *ab intestat.*

D. Quelles sont les possessions de biens qui se donnent dans le cas où il existe un testament ?

R. Il y en a deux : la première, appelée *contra tabulas*, se donne aux enfants omis par leur père ou leur aïeul paternel *(præteritis liberis)* ; la seconde, appelée *secundum tabulas*, se donne aux héritiers institués (voy. p. 261, 299, 393, liv. II, tit. X et XVIII, et liv. III. tit. IX).

D. Quelles sont les possessions de biens qui se donnent *ab intestat ?*

R. Avant Justinien, il y en avait huit :

1o La possession de biens *unde liberi* (2), qui se donnait aux héritiers siens proprement dits ou considérés comme tels.

2o La possession *unde legitimi*, accordée aux héritiers légitimes, c'est-à-dire à ceux que le droit civil appelait à défaut d'héritiers siens.

3o La possession *unde decem personæ*, que le préteur accordait à dix cognats par préférence à l'acheteur étranger *(extraneo manumissori)*, qui, après avoir acquis par mancipation le défunt alors fils de famille, l'aurait émancipé et serait ainsi devenu son patron fictif (voy. p. 373, liv. III, tit. II). Ces dix cognats sont les parents du premier et du second degré, c'est-à-dire le père, la mère, l'aïeul et l'aïeule paternels et maternels, le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille, le frère et la sœur (3).

(1) Le possesseur de biens avait les choses héréditaires *in bonis*, mais il n'en avait pas le domaine *quiritaire*.

(2) La préposition *unde*, suivie du nom qui sert à distinguer les diverses classes de successeurs, est une abréviation de cette phrase : *ea pars edicti unde liberi vocantur, unde legitimi vocantur*, etc.

(3) Il y avait rarement lieu d'accorder cette possession de biens, qui n'était qu'une exception à la précédente. En effet, le plus souvent,

4o La possession de biens *unde cognati* (1), accordée aux parents les plus proches (voy. p. 384, liv. III, tit. v).

5o La possession *tum qui ex familia* (2), destinée, selon toutes les apparences, à la famille, c'est-à-dire aux agnats du patron.

6o La possession *unde patronus patronave*, réservée vraisemblablement au patron ou à la patronne du patron, ainsi qu'à leurs descendants et ascendants (3).

les enfants émancipés à un acheteur étranger étaient remancipés à leur père et affranchis par lui ; alors le père, considéré comme patron, obtenait, d'après le droit commun, la possession *unde legitimi* par préférence à tous les cognats. Depuis Justinien, l'émancipation étant toujours réputée faite *contracta fiducia*, la possession *unde decem personæ* a dû être supprimée, comme nous allons le voir.

(1) La possession *unde cognati* est ordinairement en troisième ordre ; elle n'est placée ici au quatrième qu'à cause de la possession *unde decem personæ*, qui n'a lieu que dans un cas particulier.

(2) D'autres disent : *tum quem ex familia* ou *tanquam ex familia*. L'usage de cette possession de biens et des suivantes, relatives aux successions des affranchis, n'est pas bien connu ; Justinien nous dit qu'il les a supprimées parce que c'était un véritable labyrinthe (*inextricabili errore*, § 5).

(3) Nous supposons que le patron lui-même était un affranchi, et qu'en suivant les règles relatives à la succession du patron lui-même, le préteur appelait à la succession de l'affranchi les agnats du patron lorsque celui-ci était ingénu, le patron du patron lorsque celui-ci était affranchi. Il nous semble que cette interprétation rend plus clair le texte du § 3, ainsi que celui d'*Ulp.*, 28, § 7 ; voy. aussi le fragment des Institutes d'*Ulpien*, p. 40, de l'*Ecloga*, 2e édit. Mais nous devons avertir que cette interprétation, professée par plusieurs jurisconsultes allemands (voy. *Hugo*, § 226), est contraire à celle de Théophile, qui a été suivie par M. Ducaurroy. Voici l'explication de notre savant professeur :

" Le patron ou ses enfants, appelés à l'hérédité légitime, devaient régulièrement arriver en second ordre à la possession de biens *unde legitimi*. Venaient ensuite à leur défaut (*tum qui ex familia*) les agnats du patron ; après ceux-ci, tous les enfants ou descendants du patron et de la patronne, sans distinguer entre ceux qui seraient ou ne seraient pas héritiers légitimes. Or, il arrivait quelquefois que le patron ou ses enfants perdaient la possession de biens *unde legitimi*, par exemple, lorsqu'il ne la demandaient pas dans le temps fixé (§ 8, *h. t.*) ; alors ils pouvaient encore demander celle que notre texte enumère ici en cinquième et sixième ordre.—C'est ainsi que les héritiers siens, après avoir répudié la possession de biens *unde liberi*, pouvaient encore obtenir les possessions de biens *unde legitimi* ou *unde cognati* (L. 2, *unde leg.*).

7o La possession *unde vir et uxor*, qui se donnait au survivant des époux, lorsque le mariage avait duré jusqu'au décès du *de cujus*.

8o Enfin la possession de biens *unde cognati manumissoris*, accordée aux cognats du patron.

D. Justinien conserva-t-il toutes ces possessions de biens ?

R. Non ; il supprima les possessions de biens *unde decem personæ*, *tum qui ex familia*, *unde patronus patronave*, et *unde cognati manumissoris*.

D. Pourquoi Justinien supprima-t-il ces possessions de biens ?

R. Justinien supprima la possession de biens *unde decem personæ*, parce que, sous son règne, l'émancipation d'un fils de famille étant toujours réputée faite *contracta fiducia*, ce n'est jamais à un étranger qu'appartient le titre de patron fictif. Quant aux possessions *tum qui ex familia*, *unde patronus* et *unde cognati manumissoris*, l'empereur les regarda comme inutiles, lorsqu'il eut établi pour la succession des affranchis le même droit que pour celle des ingénus, c'est-à-dire lorsqu'il eut décidé que les parents du patron succéderaient à l'affranchi comme ils succéderaient au patron, et dans le même ordre (1), et qu'ainsi chacun d'eux, suivant qu'il serait ou héritier légitime ou cognat du patron, obtiendrait, relativement aux biens de l'affranchi, la possession *unde legitimi* ou *unde cognati*.

D. D'après les suppressions opérées par Justinien, combien reste-t-il de possessions de biens ?

R. Il en reste en tout six, savoir : les deux possessions *contra tabulas* et *secundum tabulas*, pour les successions testamentaires ; et quatre pour les successions *ab intestat : unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati* et *unde vir et uxor*.

Ces six possessions de biens sont nommées ordinaires, parce qu'elles se donnent toujours à certaines personnes, dans un cas et dans un ordre déterminés, et par opposition à une septième possession de biens dite *uti ex legibus*, qui se donne soit *ad intestat*, soit lorsqu'il existe un testament, et qui n'a aucun rang particulier.

(1) Pourvu qu'ils ne fussent pas au delà du cinquième degré (voy. p. 390, liv. II, tit. VII).

D. Qui appelle-t-on donc à cette possession de biens *extraordinaire ?*

R. Le préteur y appelle généralement tous ceux auxquels une loi, un sénatus-consulte ou une constitution ordonnerait de donner la possession de biens ; il les appelle au rang désigné par cette loi, ce Sc. ou cette constitution (1).

D. Y a-t-il dévolution successive dans les possesseurs de biens ?

R. Oui ; il y a dévolution successive, non-seulement d'un ordre à un autre, mais aussi d'un degré à un autre dans le même ordre : de sorte, par exemple, que, s'il y avait plusieurs cognats, chacun d'eux serait appelé à défaut de celui ou de ceux qui le précéderaient, et que le plus éloigné serait encore préféré à l'époux survivant

D. Le préteur n'a-t-il pas fixé un délai dans lequel on doit demander la possession de biens ?

R. Oui ; le préteur a fixé un délai après lequel celui qui est appelé à la possession de biens ne peut plus la demander. De cette manière, la dévolution s'opère plus rapidement, les créanciers du défunt savent à qui s'adresser ; l'exercice de leurs actions n'est pas indéfiniment retardé, et, par conséquent, ils sont moins facilement admis à se faire envoyer en possession des biens du défunt (2).

D. De combien de temps est ce délai ?

R. Ce délai est d'un an pour les descendants et les ascendants, de cent jours pour les collatéraux. — Ce délai ne se compose, dans tous les cas, que de jours *utiles* (§ 10), c'est-à-dire qu'on ne compte plus, pour le former, les jours où

(1) La possession de biens *uti ex legibus* diffère de celle *unde legitimi*, en ce que celle-ci est accordée, dans un rang déterminé, à ceux que le droit civil appelle à l'*hérédité*, tandis que, pour obtenir la première, il faudrait que le droit civil déférât expressément la *possession de biens*.—C'est au moyen de la possession *uti ex legibus* que le patron concourt avec les enfants de l'affranchi en vertu de la loi Papia Poppea (voy. p. 389, liv. II, tit. VII).

(2) Voyez, sur cette possession des biens du débiteur par ses créanciers, ce que nous disons au tit. XII ci-après ; et remarquez que cette possession de biens (*possessio bonorum*) n'a rien de commun avec les possessions de biens (*bonorum possessio*) qui forment l'objet du présent titre (voy. M. Ducaurroy, No 921).

celui à qui la possession de biens était déférée n'a pu agir, soit parce qu'il ignorait l'ouverture de son droit, soit parce que le magistrat ne donnait point audience les jours *néfastes* (voy. p. 32).

D. Qu'arrive-t-il lorsque celui à qui la possession de biens est déférée ne la demande pas dans le délai ?

R. Il perd son droit ; sa part accroît à ceux qui étaient appelés concurremment avec lui. S'il est appelé seul, le droit de demander la possession de biens passe aux successeurs du degré ou de l'ordre subséquent. La même chose arrive, avant l'expiration du délai, lorsque la possession de biens est répudiée par celui à qui elle était déférée.

D. Comment doit se demander la possession de biens ?

R. Anciennement, il fallait se présenter devant le préteur et demander la possession de biens en termes solennels ; mais, même avant Justinien, la nécessité d'une demande formelle a été supprimée. Il suffit de manifester d'une manière quelconque la volonté d'accepter la possession de biens.

D. N'arrive-t-il pas quelquefois que ceux à qui la possession de biens est déférée d'après l'ordre établi par l'édit n'obtiennent pas les biens héréditaires ?

R. Oui, et dans ce cas la possession de biens est dite *sine re* (1). En effet, la possession de biens est souvent déférée à des personnes appelées déjà à l'hérédité par le droit civil ; si ces personnes, contentes du titre que leur assure la loi civile, font adition sans demander la possession de biens, celle-ci est dévolue, à l'expiration du délai, au degré ou à l'ordre subséquent ; mais celui qui la demanderait en vertu de cette dévolution l'obtiendrait *sine re*, parce qu'elle ne l'empêcherait pas d'être dépouillé de l'hérédité *(res)* par le véritable héritier.

APPENDICE AUX TITRES PRÉCÉDENTS

Des successions ab intestat *suivant les novelles* 118 *et* 127.

D. Justinien n'a-t-il pas introduit, par ses novelles, un nouveau systeme de succession ?

(1) Par opposition à celle qui est effective, *cum re* (voy. Gaius, 3 § 35 et suiv. ; *Ulp.*, tit. XXVIII, § 13).

R. Oui ; quelques années après la promulgation des Institutes (540), Justinien renversa entièrement le système établi par la loi des Douze Tables, qui, malgré les nombreuses modifications que le droit prétorien, les sénatus-consultes et les constitutions impériales y avaient successivement apportées, s'était conservé jusqu'alors.

Par la novelle 118, Justinien fit disparaître la différence qui existait entre la *possession de biens* et *l'hérédité ;* il supprima expressément la distinction des agnats et des cognats, pour ne reconnaître à tous les parents que ce dernier titre, et créa trois ordres de succession : le premier pour les descendants, le second pour les ascendants, le troisième pour les collatéraux (1).

D. Comment les descendants succèdent-ils ?

R. Les descendants, émancipés ou non, naturels ou adoptifs, succèdent à l'exclusion de tous autres parents, et sans distinction de sexe ni de degré ; seulement ils partagent l'hérédité par tête quand ils sont tous au premier degré ; dans le cas contraire, ils la partagent par souches (2).

D. A défaut de descendants, à qui est déférée la succession ?

R. Elle est déférée aux ascendants ; néanmoins les ascendants ne succèdent seuls que lorsqu'il n'existe point de frère ou sœur germains.

Dans tous les cas, l'ascendant le plus proche exclut ceux qui sont plus éloignés. Lorsqu'il n'y a point de frère ou sœur germains, et que les ascendants du même degré sont de lignes différentes, la succession se divise entre ceux-ci, non par têtes, mais par lignes, c'est-à-dire que les ascendants paternels ont une moitié, et les ascendants maternels l'autre moi-

(1) On a réuni dans les six vers suivants les règles du nouveau droit sur les successions :

Descendens omnis succedit in ordine primo,
Ascendens propior, germanus, filius ejus,
Tunc latere ex uno junctus quoque filius ejus
(Hi cuncti in stirpes succedunt : in capita autem
Cuncti ascendentes, fratrum proles quoque sola).
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

(2) Pour que les enfants puissent succéder à leur père ou aux parents de celui-ci, il faut que la parenté dérive d'un mariage légitime (*justis nuptiis*) ; les bâtards succèdent à leur mère (excepté dans le cas prévu, p. 383, liv. III, tit. IV), et aux parents maternels.

tié, quel que soit le nombre des premiers et des seconds.

Dans le cas où les frères et sœurs germains concourent avec les ascendants les plus proches, la succession se divise toujours par têtes entre les différents successibles.

D. A défaut de descendants et d'ascendants, à qui la succession est-elle déférée ?

R. Elle est déférée aux frères et sœurs germains et, après eux, aux autres frères et sœurs consanguins ou utérins, sans distinction.

D. Les enfants d'un frère ou d'une sœur sont-ils admis à représenter leur père ou mère ?

R. Oui, les enfants d'un frère ou d'une sœur prédécédés prennent la place de leur père ou mère, et succèdent de la même manière qu'eux, même en concurrence avec des frères ou sœurs survivants (1). Mais il n'en est pas de même des petits-enfants ; la représentation n'est pas admise en leur faveur.

D. Lorsque le défunt ne laisse ni descendants ni ascendants, ni frère ou sœur, ni neveu ou nièce, à qui appartient la succession ?

R. La succession appartient au plus proche parent ; s'il y en a plusieurs au même degré, ils succèdent concurremment, et partagent toujours par tête.

D. Justinien n'a-t-il pas maintenu certaines incapacités de succéder ?

R. Oui, l'empereur a maintenu, entre autres, l'incapacité des hérétiques (voy. p. 324, note 2, liv. II, tit. xx).

D. Ce nouveau système de succession ne dut-il pas entraîner un changement dans les règles relatives à la tutelle légitime ?

R. Oui (voy. p. 161, liv. 1er, tit. xix) ; Justinien, conser-

(1) Ce n'est que par la novelle 127, rendue huit ans après la novelle 118, que les enfants de frère et sœur germains ont été admis à concourir par représentation avec les ascendants.— Lorsqu'il n'existe ni frère, ni sœur, les neveux et nièces du défunt succèdent-ils par souches ? Nous embrasserions volontiers l'affirmative ; toutefois, la question est vivement controversée (voy. *Vinnius, Select. quæst.*, 2, 30.)

vant le principe que la tutelle légitime doit appartenir à l'héritier présomptif, décide qu'à défaut du tuteur testamentaire, la tutelle sera déférée aux parents mâles, d'après les règles nouvellement établies pour les successions, les femmes étant incapables d'être tutrices ; toutefois, il excepte la mère et l'aïeule du pupille, qui peuvent être tutrices, à la condition par elles de renoncer à se remarier et à user, à l'égard des obligations contractées pour la pupille, du bénéfice du Sc. Velléien (1).

Nota. Le système de succession des novelles a servi de type à celui qui a été adopté dans notre code civil : il en diffère pourtant en plusieurs points : 1o suivant la novelle, les ascendants excluaient les frères ou sœurs autres que germains : chez nous, le frère et la sœur germains, consanguins et utérins, excluent tous les ascendants, à l'exception des père et mère, avec lesquels ils concourent pour moitié si le père et la mère sont vivants, pour les trois quarts si l'un des deux seulement existe (art. 750, 751, C. civ.). 2o D'après la novelle, les frères ou sœurs germains excluaient les consanguins et utérins, tandis que chez nous ils concourent seulement avec eux en prenant part dans les deux lignes (art. 733, C. civ.). 3o Suivant les novelles 118 et 227, les enfants seuls, et non les petits-enfants des frères et sœurs, pouvaient représenter ceux-ci, tandis que d'après notre code, la représentation est admise pour tous les descendants de frère ou sœur, de quelque degré qu'ils soient (art. 742).

TITRE X.—*De l'acquisition par adrogation.*

D. Qu'est-ce que l'acquisition par adrogation ?

R. C'est une manière d'acquérir une universalité (voy. p. 256, liv. II, tit. IX), par laquelle l'adrogeant devenait propriétaire de toutes les choses corporelles et incorporelles qui appartenaient à l'adrogé.

D. Quelle est l'origine de cette manière d'acquérir par universalité ?

(1) Le sénatus-consulte Velléien défendait aux femmes de s'obliger pour autrui ; il leur donnait une exception à l'action qu'on aurait dirigée contre elles par suite d'une semblable obligation, ainsi que la faculté de répéter ce qu'elles auraient payé, dans ce cas, par erreur de droit.

R. Cette manière d'acquérir par universalité n'a été introduite ni par la loi des Douze Tables, comme l'hérédité, ni par le droit prétorien, comme la possession de biens ; elle a été admise par cet assentiment général qui constitue le droit non écrit, comme une conséquence de la puissance paternelle que l'adrogation confère à l'adrogeant (voy. p. 141, liv. Ier, tit. XI).

D. L'adrogation faisait-elle passer à l'adrogeant tous les droits de l'adrogé sans distinction ?

R. Les droits qui s'éteignent par la petite diminution de tête ne devaient pas passer à l'adrogeant, puisque l'adrogé subit cette diminution de tête. Ainsi, l'adrogeant n'acquérait ni les droits d'agnation (1), ni les obligations dites *operarum*, qui appartenaient à l'adrogé (2).

D. En quoi consistent ces obligations dites *operarum* ?

R. Elles consistent dans certains services officieux et certains travaux d'artisan que l'affranchi doit à son patron (3).

D. Les droits de l'adrogeant sur les biens de l'adrogé n'ont-ils pas été restreints ?

R. Oui ; par une conséquence nécessaire des modifications apportées dans les effets de la puissance paternelle relativement aux biens acquis par les fils de famille (voy. p. 252, liv. II, tit. IX), les droits de l'adrogeant ont dû être bornés à l'usufruit des biens de l'adrogé. Il n'acquiert la propriété que lorsque l'adrogé meurt dans la famille adoptive sans laisser de descendants ni de frères ou de sœurs ; car le père adoptif succède alors de la même manière que le père naturel (voy. p. 373, liv. III, tit. II).

D. Les obligations passives de l'adrogé passaient-elles directement à l'adrogeant, comme les créances ?

(1) En effet, l'adrogé, en entrant dans la famille de l'adrogeant, devient agnat de tous les membres qui la composent, en même temps qu'il cesse d'être agnat des membres de sa famille primitive ; il ne saurait donc y avoir aucun lien d'agnation entre ces derniers et l'adrogeant.

(2) Dans l'ancien droit, l'usufruit et l'usage, constitués en faveur de l'adrogé, ne passaient point à l'adrogeant ; ces droits s'éteignaient par la petite diminution de tête (v. p. 227, liv. II, tit. IV).

(3) Voy. p. 115, liv. Ier, tit. VI.

R. Non (1) ; en conséquence, les créanciers de l'adrogé ne pouvaient pas poursuivre directement l'adrogeant, mais ils pouvaient le poursuivre indirectement, au nom et du chef de son fils adoptif. Alors, si l'adrogeant refusait de répondre à cette demande, les créanciers pouvaient saisir les biens de l'adrogé pour les faire vendre dans les formes légales.

TITRE XI. — *De celui à qui les biens sont adjugés pour valider les affranchissements.*

D. Vous avez parlé de l'*hérédité*, de la *possession de biens* et de l'*adrogation* comme mode d'acquisition ; n'y a-t-il pas une quatrième manière d'acquérir une universalité ?

R. Oui ; c'est l'*adjudication des biens pour conserver les affranchissements*, sorte de succession introduite par un rescrit de Marc-Aurèle (2).

D. Expliquez dans quelle circonstance a lieu cette espèce de succession ?

R. Lorsqu'un testateur obéré affranchissait par testament des esclaves, et que les institués répudiaient la succession, les affranchissements devenaient caducs ; si, en outre, aucun héritier *ab intestat* ne se présentait, et que le fisc lui-même abandonnât les biens qui lui étaient déférés, à défaut d'autres successeurs, les créanciers pouvaient faire vendre les biens vacants sous le nom du défunt (voy. tit. suivant). Mais suivant le rescrit de Marc-Aurèle (3), on a permis dans

(1) Cela vient de ce que, quoique le père de famille devînt créancier de quiconque s'obligeait envers les individus soumis à sa puissance, ceux-ci, lorsqu'ils s'obligeaient, n'obligeaient pas leur père ou leur maître ; cependant le droit prétorien permet aux créanciers d'agir contre ces derniers, en certains cas, notamment lorsqu'ils ont profité du contrat (voy. liv. VI, tit. IV).

(2) Gaius ne parle pas de cette espèce de succession à titre universel. C'est une des circonstances qui ont servi à établir que Gaius a composé ses Institutes sous Antonin le Pieux, ou, au plus tard, dans les premières années du règne de Marc-Aurèle.

(3) Voici dans quelles circonstances ce rescrit fut rendu : Virginius Valens laisse un testament dans lequel il avait donné la liberté à plusieurs esclaves. Les institués répudient ; le testament reste sans effet, et aucun des esclaves ne peut obtenir la liberté que le défunt lui a accordée. Non seulement Virginius Valens n'a point d'héritier testamentataire, mais il ne trouve, *ab intestat*, aucun successeur, et

ces circonstances aux esclaves affranchis, ou à l'un d'eux, ou même à un tiers, de se faire adjuger les biens du défunt, à la condition de garantir aux créanciers le paiement intégral de ce qui leur est dû, et à la charge de conserver les affranchissements.

D. Quelles étaient les conséquences de cette adjudication à l'égard des créanciers et des affranchis ?

R. Lorsque les biens ont été adjugés, ils ne peuvent plus être vendus comme biens vacants, parce que l'adjudicataire (*defensor idoneus*, § 2) doit répondre à la demande des créanciers comme y répondrait le débiteur lui-même ou ses héritiers.

Quant aux esclaves que l'institué était chargé d'affranchir, ils doivent être affranchis par l'adjudicataire, et ceux que le testateur avait affranchis directement deviennent libres, comme si l'hérédité avait été acceptée par l'institué ; par conséquent, ces derniers n'ont pas d'autre patron que le défunt (voy. 355, note I, liv. II, tit. XXIV). Cependant, sur la demande de l'adjudicataire, et pourvu que les esclaves de l'état desquels il s'agit y prêtent leur consentement, l'adjudication peut être faite sous la condition expresse que tous les affranchis auront l'adjudicataire pour patron.

D. L'adjudication dont il s'agit aurait-elle lieu dans le cas où le défunt n'aurait affranchi aucun esclave ?

R. Non ; elle n'a lieu non plus que lorsqu'il est certain que le défunt, devenu *intestat*, n'aura aucun successeur. En effet, la constitution de Marc-Aurèle a été rendue dans le double but de favoriser les affranchissements, et en même temps d'éviter un affront à la mémoire du testateur en empêchant la vente des biens en son nom. Ainsi, cette constitution ne s'applique pas lorsque le testateur n'a affranchi aucun esclave, ou lorsqu'il a un successeur quelconque, parce que, dans ce dernier cas, ce successeur devant répondre aux créanciers,

les biens sont dans le cas d'être vendus par les créanciers.—Un certain Pomponius Rufus demande que les biens lui soient attribués en faveur des affranchissements qu'il maintiendra conformément à la volonté du testateur, sans distinguer entre les esclaves affranchis directement ou par fidéicommis. Marc-Aurèle l'autorise à se présenter devant le magistrat compétent pour se faire adjuger les biens, mais à la condition, toutefois, de garantir aux créanciers le paiement total de ce qui serait dû à chacun d'eux (§ 1).

ceux-ci ne peuvent plus vendre les biens sous le nom du défunt.

D. Lorsque tous ceux qui pouvaient recueillir la succession l'ont refusée, l'adjudication a-t-elle lieu, quand même il serait possible que, dans la suite, leur répudiation fût considérée comme non avenue par l'effet de la restitution en entier que le préteur accorde aux mineurs de vingt-cinq ans (voy. p. 250, liv. II, tit. VIII) ?

R. Oui.

D. Qu'arriverait-il si l'un des successibles obtenait cette restitution ?

R. Le successible, qui serait remis dans l'état où il se trouvait avant sa répudiation, pourrait reprendre l'hérédité, mais non pas faire rentrer en servitude les esclaves qui, par suite de l'adjudication, seraient devenus libres. La liberté une fois acquise ne se révoque jamais (voy. p. 116, liv. Ier tit. VI).

D. La constitution de Marc-Aurèle ne s'applique-t-elle que lorsque le défunt a affranchi des esclaves par testament ?

R. Le rescrit de Marc-Aurèle ne parle que des affranchissements faits par testament ; mais on a étendu le même bénéfice aux esclaves qui seraient affranchis dans des codicilles (§ 3). L'extension de cette faveur a même été portée, hors des termes de la constitution de Marc-Aurèle, jusque sur les affranchissements faits à cause de mort ou entre-vifs, afin d'empêcher qu'ils ne soient déclarés nuls, comme faits en fraude des créanciers (§ 6).

D. Justinien n'a-t-il pas beaucoup ajouté au rescrit de Marc-Aurèle ?

R. Oui, Justinien a complété la législation sur cette matière, par une constitution à laquelle il nous renvoie (voy. L. *ult.*, C. *de test. man.* 7, 2).

TITRE XII. — *Des successions supprimées.*

D. N'y avait-il pas anciennement des manières d'acquérir par universalité autres que celles dont vous avez parlé ?

R. Oui ; l'une de ces anciennes manières d'acquérir par universalité résultait de l'achat des biens d'un débiteur fait

après l'envoi en possession ordonné au profit de ses créanciers *(bonorum emptio)* ; l'autre avait lieu dans un cas particulier, en vertu du Sc. Claudien.

D. Quand et comment avait lieu la vente des biens d'un débiteur ?

R. Gaius (3, §§ 77 et 81) et Théophile (3, 12) nous donnent là-dessus des détails circonstanciés.—La vente des biens pouvait être poursuivie par les créanciers, soit du vivant du débiteur, soit après sa mort. Du vivant du débiteur : 1o lorsqu'il se tenait frauduleusement caché, de manière que le créancier ne pouvait l'appeler *in jus* devant le magistrat (1), ou lorsqu'il était absent et que personne ne se présentait pour prendre son fait et cause (*nec absentes defenduntur*) (2), ou bien lorsqu'arrivé devant le magistrat il refusait de s'expliquer et d'accepter le débat (3) ; 2o lorsqu'ayant été condamné, il n'exécutait pas le jugement dans le délai donné (4) :

(1) L'instance judiciaire commençait par l'*in jus vocatio.* Le demandeur sommait son adversaire de se présenter devant le magistrat. Le défendeur qui refusait d'obtempérer à cette sommation pouvait y être contraint par la violence. Mais, comme le domicile des citoyens était un asile inviolable, où nul, pas même un créancier, ne pouvait pénétrer, il suffisait au débiteur de se renfermer soigneusement chez lui pour échapper à l'instance et à la condamnation que son créancier voulait solliciter contre lui. C'est pour punir et empêcher l'emploi de ce stratagème frauduleux que le préteur ordonne l'envoi en possession des biens de ceux *qui fraudationis causa latitant* (*Gaius*, 3, 78).

(2) Quand un *vindex* ou *defensor* se portait fort pour le défendeur, en s'engageant à payer le *judicatum* dans le cas où une condamnation interviendrait, c'est contre ce défenseur officieux que l'instance se poursuivait.—L'envoi en possession ordonné contre un absent cessait lorsque celui-ci justifiait que son absence était motivée par le service militaire ou par une autre cause légitime.

(3) *Non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui præsens negat se defendere aut non vult suscipere actionem* (L. 52, D. *de reg. jur.*, 50, 17).

(4) D'après la loi des Douze Tables, le condamné avait un délai de trente jours pour s'exécuter ; ce délai expiré, son adversaire pouvait l'emmener devant le magistrat, et, en intentant contre lui la *legis actio* appelée *manus injectio* dont nous avons parlé dans l'*Introd.*, p. 31, se le faire adjuger comme esclave (*addictio*). La loi *Petilia Papiria* (voy. p. 37 et 103) modifia l'état de l'*addictus* en ce sens que, sans devenir la propriété du créancier, il fut placé sous la dépendance de celui-ci jusqu'au moment où les fruits de son travail auraient acquitté la dette. Ainsi modifiée, l'*addictio* se maintint, comme voie

3o lorsqu'il avait fait cession de biens en vertu de la loi *Julia* (1). Après la mort du débiteur, lorsqu'il ne se présentait personne pour recueillir sa succession.

Dans tous ces cas, le ou les créanciers obtenaient du préteur un *decretum* qui les envoyait en possession de tout l'avoir du débiteur. Cet envoi en possession n'attribuait pas la propriété aux créanciers ; il avait seulement pour but de conserver les biens comme gage, et de permettre de les vendre (2) *(missio in possessionem rei servandæ causa)* ; il durait trente jours quand le débiteur était vivant, et quinze seulement quand il était mort. Pendant ce délai, la vente était annoncée par des affiches *(libellis)* mises aux places les plus fréquentées de la ville. Ces affiches servaient en même temps d'avis aux créanciers qui ne s'étaient pas encore présentés. Le délai écoulé, les créanciers choisissaient parmi eux un syndic (*magister*), qui, après un nouveau délai et de nouvelles affiches dans lesquelles on énonçait la loi de la vente arrêtée par les créanciers, sur les offres faites par les acqué-

de contrainte personnelle, jusque dans le dernier état du droit. Seulement une loi *Julia* attribuée par les uns à César, par les autres à Auguste, permit au débiteur d'échapper à cette contrainte en cédant volontairement tous ses biens à ses créanciers. — Avec la puissance sauvage accordée au demandeur sur la personne de son débiteur condamné, il eût été bien superflu de joindre une exécution judiciaire sur ses biens. Aussi n'était-elle pas pratiquée primitivement, si ce n'est en certains cas où la loi autorisait exceptionnellement le créancier à saisir en gage une chose appartenant à son débiteur (*pignoris captio*). Ce furent les préteurs qui, soit dans l'intérêt du débiteur, soit dans celui du créancier, pour le dispenser de recourir à la contrainte personnelle, introduisirent la *missio in possessionem bonorum*, qui permit de saisir directement les biens sans s'adresser à la personne. Depuis l'introduction de cette exécution directe sur les biens, l'*addictio*, quoique toujours légale, devint moins fréquente.

(1) Voyez la note précédente.

(2) Si l'envoyé en possession éprouvait de la résistance, il pouvait solliciter un *interdit* du préteur, ou requérir l'aide des officiers judiciaires. *Per viatorem, aut per officialem præfecti, aut per magistratus introducendus est in possessionem.* L. 5, § 27, D. *ut in poss. legat.* — L'exécution par *immissio* entraînait après elle une tache d'infamie. Cette infamie atteignait le débiteur même après sa mort, lorsque l'exécution avait lieu sur sa succession ; mais le défunt pouvait éviter cette tache à sa mémoire en instituant héritier un esclave, sur lequel s'opérait la poursuite et la vente. Voy. p. 117.

reurs, adjugeait les biens à celui qui promettait aux créanciers le dividende le plus élevé (1).

D. Quel était l'effet de cette vente ?

R. L'acheteur des biens (*bonorum emptor*) devenait le successeur universel du débiteur ; il acquérait tous les droits et créances, et était tenu des dettes, mais jusqu'à concurrence seulement du tant pour cent déterminé par la loi de la vente. Au reste, il n'acquérait pas sur les biens vendus le domaine quiritaire ; il les avait seulement *in bonis ;* il actionnait et il était actionné non pas civilement, mais *utilement*, comme le *possesseur des biens*, car l'un et l'autre étaient des successeurs prétoriens.

D. La *bonorum emptio* était-elle encore en usage dans le dernier état du droit romain ?

R. Non ; l'envoi en possession des biens subsistait toujours : mais les biens ne se vendaient plus en masse, et l'acquéreur ne devenait plus le successeur universel du débiteur. La vente se faisait pièce à pièce, par un curateur aux biens (*curator bonorum*) nommé sur la désignation des créanciers, et le prix en provenant était partagé entre les créanciers (2). L'envoi en possession reçut aussi cette modification que,

(1) Théophile nous a conservé la teneur ordinaire des affiches. La première était ainsi conçue : "*N., notre débiteur, est tombé en déconfiture ; nous, ses créanciers, nous vendons son patrimoine ; qui veut acheter se présente.*" Lorsque dans une nouvelle convocation des créanciers on avait arrêté les conditions de la vente (*lex bonorum vendendorum*), on ajoutait à l'affiche une clause de ce genre : "*L'acquéreur répondra aux créanciers de la moitié des dettes du débiteur, de façon que celui à qui sont dus cent solides en reçoive cinquante, et que celui à qui on doit deux cents solides en reçoive cent.*" Cette procédure de la *bonorum emptio* avait, comme on le voit, plus d'une analogie avec celle de nos faillites.

(2) Justinien nous apprend que la vente des biens à titre de succession universelle se rattachait à la procédure des *judicia ordinaria*, lorsqu'il fallait s'adresser au préteur, au magistrat supérieur, pour obtenir une action, un juge, parce qu'en effet l'*immissio* appartenait à la haute juridiction prétorienne, et qu'elle disparut quand tous les jugements furent devenus extraordinaires. Nous avons parlé dans l'*Introduction* de ce changement dans la procédure. On ne voit pas bien comment il dut entraîner la désuétude de la *bonorum emptio*.— On sait, toutefois, que, même pendant que la *bonorum emptio* était en usage, le préteur autorisait quelquefois la saisie en gage (*pignoris captio*) de quelques-uns des biens appartenant au défendeur. La forme

quand il y avait des biens pour une valeur supérieure à la dette, le créancier n'était pas envoyé en possesion de l'universalité des biens, mais seulement d'une portion suffisante pour lui assurer satisfaction (*usque ad modum debiti*, L. 6, §§ 3, 4, C. *de his qui ad eccl.* ; nov. 53, c. 41).

D. Dans quel cas avait lieu la manière d'acquérir par universalité introduite par le Sc. Claudien (1) ?

R. Elle avait lieu dans le cas où une femme libre, s'abandonnant à la fureur de sa passion pour un esclave, persistait à cohabiter avec lui malgré les avertissements du maître de cet esclave ; cette femme devenait esclave du même maître, et tous ses biens étaient acquis à celui-ci par l'effet de la puissance dominicale. Justinien a abrogé cette manière d'acquérir comme indigne de son siècle (voy. p. 104 liv. I, tit. III).

TITRE XIII. — *Des obligations.*

D. Qu'est-ce qu'une obligation ?

R. L'obligation (2) est un lien de droit qui nous astreint

de cette saisie est réglée par un rescrit d'Antonin le Pieux, rapporté au Digeste, L. 21, *de re jud.* Elle s'opérait par un officier de justice qui gardait comme séquestre les biens saisis. Si le gage n'était pas racheté dans les deux mois, le prêteur en autorisait la vente. Cette forme de poursuite était une dérogation à un principe remarquable de l'ancienne procédure d'après lequel on laissait l'exécution au demandeur. C'était lui, en effet, qui traduisait le défendeur en justice, qui mettait la main sur la personne du condamné (*manus injectio*), qui plus tard fut envoyé en possession des biens ; le magistrat n'intervenait, par lui ou par ses officiers, que pour prêter assistance au demandeur. Ici, au contraire, c'est un officier de justice qui est chargé de l'exécution directe. Cette forme nouvelle s'était probablement introduite à l'occasion des *judicia extraordinaria* lorsque, par exception, le préteur rendait lui-même la sentence, sans renvoyer l'affaire à un juge. Quand tous les jugements furent extraordinaires, cette procédure se généralisa, et elle modifia même l'exécution par envoi en possession, en ce sens qu'après l'*immissio*, comme après la *pignoris captio*, la vente des biens ne se fit plus qu'à titre particulier.

(1) On peut voir l'histoire de ce sénatus-consulte dans Tacite, *Ann.*, lib. XI, cap. LIII.

(2) Envisagée au point de vue passif, dans la personne qui en est tenue (*debitor*), l'obligation se nomme *obligatio* (de *ligare*, lier) ; dans le droit primitif, elle se nommait *nexum* ; envisagée au point de vue actif, dans la personne qui en jouit, elle s'appelle *nomen*, et quelquefois *creditum*.

individuellement (1), par les moyens que donne le droit civil (2), à la nécessité de nous acquitter de quelque chose (3).

(1) L'obligation établit un lien particulier, une relation individuelle entre deux personnes déterminées (*vinculum speciale*) ; elle constitue ce qu'on nomme les droits *personnels*, par opposition aux droits *réels*. Il convient d'insister un instant sur cette distinction, que nous verrons d'ailleurs se reproduire au titre *des actions* ; car la différence dans la nature des droits en produit une dans celle des actions destinées à les faire valoir. — Tous les droits quelconques entraînent pour la généralité des hommes le devoir de s'abstenir de tout acte de nature à paralyser leur exercice. Sous ce rapport, M. Ortolan l'a très bien remarqué, t. I, p. 78 et suiv., les droits personnels, les obligations proprement dites ne diffèrent pas des droits réels, car un tiers ne peut pas plus créer des obstacles à l'exercice des droits que j'ai contre mon débiteur, qu'il ne peut mettre empêchement à la jouissance de la chose qui m'appartient. Ce qui distingue les droits réels des droits personnels, c'est que les premiers nous mettent directement en rapport avec la chose qui en est l'objet, sans lier personne en particulier envers nous, sans créer pour les autres hommes autre chose que ce devoir général d'abstention qui est la garantie commune de tous les droits, tandis que les seconds consistent essentiellement dans le rapport de dépendance particulière, individuelle, qui s'établit entre le créancier et le débiteur. C'est ce lien individuel de dépendance qui constitue l'obligation proprement dite.—Les droits personnels, les obligations, ne nous mettent pas en rapport direct avec la chose qui en est l'objet, mais bien avec la personne qui est tenue de nous procurer cet e chose. C'est pourquoi les anciens commentateurs désignent l'obligation, le droit personnel, sous le nom barbare de *jus ad rem*, et le droit réel sous le nom de *jus in re* ; dénominations qui ne se trouvent pas dans les textes, du moins dans le sens où elles sont employées ici. — Les droits réels sont quelquefois qualifiés d'*absolus*, parce qu'ils existent également pour tout le monde, chacun étant tenu, au même titre, de les respecter ; et l'on nomme les obligations des droits *relatifs*, à cause du lien individuel qu'elles établissent. — La propriété et ses démembrements, l'hypothèque, la superficie, l'emphythéose sont des droits réels ; on peut comprendre dans la même classe les droits qui constituent l'état des personnes (*status*).

(2) *Secundum nostræ civitatis jura.* Le droit civil comprend ici le droit honoraire. Il est pris dans le sens le plus large, par opposition au droit naturel ou des gens, et sert à indiquer qu'un fait qui entraîne un devoir moral ou une obligation naturelle ne suffirait pas pour constituer une obligation proprement dite, si le droit de la cité ne lui avait donné un caractère obligatoire, en le sanctionnant par une action. Voyez la question suivante.

(3) *Alicujus solvendæ rei*, est ici une locution générale pour dire s'acquitter de l'obligation dont on était tenu, soit que cette obligation

D. Quel est le principal moyen par lequel le droit civil contraint à exécuter une obligation ?

R. Il consiste dans une *action* accordée à celui qui veut faire exécuter l'obligation contre celui qui s'y refuse.—C'est par l'action attachée à tel ou tel fait, par exemple, à telle ou telle convention, que l'obligation proprement dite, ou l'obligation *civile*, se distingue essentiellement de l'obligation *naturelle*, laquelle, fondée uniquement sur l'équité naturelle, approuvée par le droit des gens, n'a pas reçu la force exécutoire que donne l'action (1).

D. Quelle est la principale division des obligations proprement dites ?

R. La principale division *(summa divisio)* des obligations proprement dites est celle qui les classe en *civiles* ou *prétoriennes*, d'après l'origine de l'action qui leur donne leur force constitutive (2).—Les obligations *civiles* sont donc celles qui ont été établies et sanctionnées par les lois ou par les autres sources du droit civil proprement dit (3).—Les

eût pour objet de transférer la propriété d'une chose *(ad dandum aliquid)*, soit qu'elle consistât à faire *(ad faciendum)* ou à procurer une jouissance *(ad præstandum*, L. 3, D. *de oblig. et act.*, 44, 7). Le mot *præstare* qui, pris dans son acception la plus étendue, s'applique quelquefois à toute espèce de *prestation*, à tout ce qui peut être l'objet d'une obligation, s'entend, dans un sens spécial, d'un avantage à procurer, d'une chose à faire avoir, sans en transmettre précisément la propriété, comme dans le cas du louage et même de la vente ; car nous verrons que l'obligation du vendeur, en droit romain, consistait à faire avoir à l'acheteur la chose *in bonis*, à lui en procurer la libre jouissance, mais non pas précisément à lui transférer le domaine quiritaire.

(1) Du reste, l'obligation naturelle n'est pas dépourvue de tout effet ; ainsi elle produit une exception, et ce qui a été payé par suite d'une telle obligation n'est pas sujet à répétition ; mais elle ne produit pas d'action ; c'est là ce qui la distingue de l'obligation civile.—De ce que l'action sert à caractériser l'obligation proprement dite ou civile, il résulte qu'on ne sépare pas l'obligation civile de l'action, d'où elle tire sa force. Dans les Pandectes, on s'occupe des obligations et des actions dans un seul et même titre (*de obligationibus et actionibus.* Liv. XLIV, tit. VII).

(2) Nous verrons en effet se reproduire au titre des *actions* la distinction entre les actions *civiles* et les actions *prétoriennes.*

(3) *Legibus aut certo jure civili*, c'est-à-dire par les lois et par les autres actes qui en tiennent lieu, comme les sénatus-consultes et les

obligation *prétoriennes*, qu'on appelle aussi *honoraires*, sont celles qui ont été établies et sanctionnées par le droit prétorien (1).

D. D'où naissent les obligations ?

R. Les obligations naissent : 1o des contrats *(ex contractu)* ; 2o des délits *(ex delicto* ou *maleficio)* ; 3o de certains faits qui ont été assimilés aux contrats, quant à leurs effets *(quasi ex contractu)* ; 4o de certains faits assimilés par leurs effets aux délits *(quasi ex delicto* ou *maleficio)* (2). A

constitutions impériales, ainsi que par l'usage, ce qui comprend les doctrines accréditées des prudents.

(1) Ainsi, en matière d'obligation, comme dans les autres matières du droit, les prêteurs ont placé leurs innovations à côté du *jus civile*. Pour suppléer à l'insuffisance du droit primitif, pour donner satisfaction à l'équité et à des mœurs devenues moins rigides, ils ont donné la force obligatoire à des conventions que la loi civile n'avait pas classées au nombre des contrats, à des méfaits qu'elle n'avait pas classés au nombre des délits, à des faits qu'elle n'avait assimilés, quant à leurs conséquences, ni à un contrat, ni à un délit, et l'édit établit des prescriptions qui emportaient obligation, comme certaines dispositions de la loi civile. En sorte que les cinq sources d'obligations qui existaient dans le droit civil, comme nous allons le dire dans la question suivante, existaient aussi pour les obligations prétoriennes. Pour arriver à ces résultats, les prêteurs se sont servis du droit qu'ils avaient de rédiger les formules qui déterminaient les pouvoirs du *judex*, nommé dans chaque affaire (v. p. 50 et 97).

(2) Les commentateurs disent ordinairement que les obligations naissent des contrats, des délits, des *quasi-contrats* et des *quasi-délits*. Il est à remarquer, toutefois, que ces dernières expressions ne se trouvent pas dans les textes. Justinien ne dit pas que les obligations naissent *ex quasi contractu*, *ex quasi delicto* ; il dit, à l'exemple de Gaius (L. 5, § 1, 4 et 5, D. *de oblig. et act.* 44, 7), que certaines obligations naissent *quasi ex contractu*, *quasi ex delicto* (sous entendu *nascerentur*), c'est-à-dire qu'elles existent comme s'il y avait eu un contrat ou un délit, quoique en réalité il n'y ait eu ni contrat, ni délit. Le fait qui donne naissance à l'obligation, dans ce cas, est donc assimilé au contrat ou au délit, par rapport à ses résultats seulement, mais non par rapport à sa propre nature. En effet, l'obligation qui naît d'un contrat est, en général, transmissible aux héritiers, ou passe contre eux ; il en est de même de l'obligation née *quasi ex contractu* : c'est à ce point de vue qu'elles sont assimilées. Au contraire, l'obligation née d'un délit meurt ordinairement avec l'auteur de l'acte. C'est parce que l'obligation née de certains faits, qui ne sont pas proprement des délits, a le même caractère, qu'on dit qu'elle est née *quasi ex delicto*. Nous reviendrons sur cette observation au titre XXII, ci-après.

ces quatre sources d'obligations mentionnées par Justinien (§ 2) il faut en ajouter une cinquième, la loi (*ex lege*) (1).

D. Qu'est-ce qu'un contrat ?

R. C'est une convention que le droit civil rend obligatoire, en lui conférant une action.

D. Qu'est-ce qu'une convention ?

R. C'est l'accord des volontés de deux ou de plusieurs personnes sur un engagement qu'elles prennent entre elles (*et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus.* L. 1, § 2, D. *de pactis*, 2, 14).

D. Les conventions sont-elles, en général, obligatoires par elles-mêmes ?

R. Non ; en droit romain, la convention ne suffit pas, en général, pour constituer une obligation civile, c'est-à-dire une obligation dont l'exécution peut être réclamée en justice (2). Le plus souvent, il faut, outre le consentement res-

(1) Il y a, en effet, des obligations qui naissent directement des prescriptions de la loi, sans qu'il y ait un acte médiat de la personne obligée, comme l'obligation d'accepter une tutelle, l'obligation pour un héritier, même nécessaire, d'acquitter les dettes du défunt, etc.

(2) Le droit romain a subi, en cette matière comme dans toutes les autres, des transformations qu'il est intéressant de connaître parce qu'elles nous donnent la filiation des institutions que nous trouvons en vigueur sous Justinien.—La première forme de l'obligation civile a été celle même de la mancipation (v. p. 30 et 256). C'est par la même solennité, c'est-à-dire en employant la pièce d'airain et la balance (*per æs et libram*), qu'on transportait la propriété et qu'on donnait aux conventions le caractère obligatoire. Seulement les paroles qui accompagnaient la pantomime consacrée, variaient suivant les circonstances et servaient à déterminer le but et le sens que les parties y attachaient. Ces par les qui indiquaient à quelle condition était faite la dation de la pièce d'airain, formaient la loi de la mancipation (*legem mancipii dicere.* L. 73, D. 50, 17). La loi des Douze Tables disait : CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA JUS ESTO. *Festus*, Vo *nuncupata.* Le mot *nexum* pris dans son sens général, désignait toute opération accomplie avec la solennité du lingot d'airain et de la balance : *Nexum est, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per æs et libram geritur.* Festus, *vo nectere* ; mais il s'appliquait aussi spécialement à l'obligation contractée *per æs et libram* (*a*). Mais il arriva pour les obligations ce que nous avons vu s'opérer pour les testaments (p. 258) ; on finit par se débarrasser de l'appareil extérieur ; on tint la solennité de la balance et de l'airain pour accomplie ; et l'on se contenta de la nuncupa-

pectif des parties, qu'on ait remis une chose, prononcé certaines paroles ou employé certaines écritures pour que la con-

tion, c'est-à-dire de certaines paroles solennelles prononcées ou écrites. De là, la *stipulation*, consistant en une interrogation et une réponse faites en termes consacrés (*spondes ? spondeo*), et l'*expensilation*, mention faites en termes également consacrés sur les registres domestiques (voy. ci-après, tit. XV et XXI) ; formes de contracter qui sont des dérivations du *nexum* (*b*), et qui, réservées d'abord aux seuls citoyens, sont ensuite modifiées de manière à être employées même par les *peregrini*.—Dans quelques cas même, et pour des contrats usuels et très simples, lorsque l'engagement se borne à la restitution d'une chose prêtée ou déposée, l'obligation se forme par la simple tradition de la chose, *re perficitur*. — Enfin quatre contrats, également très-usuels, ont passé du droit des gens dans le droit civil ; la vente, le louage, la société et le mandat, se forment et deviennent obligatoires par le seul consentement des parties (voy. ci-après, tit. XIV et XXII).—Malgré ces transformations, le *nexum* subsista longtemps encore, au moins en théorie ; et Gaius le mentionne comme étant encore en usage de son temps (*si quid eo nomine debeatur, quod per æs et libram gestum est*. C. III, § 173), en nous apprenant qu'on pouvait dissoudre le lien formé par la mancipation, au moyen de la même solennité qui avait servi à le former (*solutio per æs et libram*).

Ajoutons, pour compléter cet aperçu historique, que parallèlement à l'obligation formée *per æs et libram*, paraît avoir existé un autre mode solennel de contracter, qui consiste dans un serment : *Nullum vinculum*, dit Cicéron dans ses Offices, *ad astringendam fidem jurejurando majores arctius esse voluerunt ; id indicant leges in XII Tabulis*. C'était peut-être le contrat patricien à côté du contrat plébéien. Nous voyons encore dans le Digeste, l'obligation par serment appliquée aux engagements de l'affranchi envers son patron (L. 13, D. 46, 4. Voyez p. 115). La stipulation et l'expensilation sont vraisemblablement des dérivations du *nexum* et du *jusjurandum* combinés. Voy. M. Laferrière, t. I, p. 142.

(*a*) En s'engageant par la solennité nationale de la mancipation, le citoyen se liait énergiquement avec son créancier, il cessait de s'appartenir complètement à lui-même ; il n'était plus sien, *nec suus*, car telle est l'étymologie donnée par Varron (*de ling. lat.*, VI, 5) aux mots *nexus*, le débiteur, et *nexum*, l'obligation. On sait que la logique inexorable des premiers temps en avait tiré la conséquence que la personne tout entière du débiteur était affectée à son engagement, et le *nexus*, s'il ne se dégageait pas de son lien par l'accomplissement de son obligation (*solutus*), était livré en esclavage à son créancier (voy. p. 25 et 32) La loi POETILIA PAPIRIA *de nexu* de l'an 428 de R., (voy. p. 53 et 109), abolit la servitude personnelle du débiteur ; mais l'obligation resta toujours un lien personnel, un lien de droit (*vinculum juris*) en cessant d'être un lien corporel.

(*b*) Gravina, ch. 80, indique la mancipation comme la source primitive de toutes les obligations civiles ; *mancipio fons est omnium civilium obligationum*.

vention devienne obligatoire et constitue un contrat (1). Sans ces circonstances extérieures que les jurisconsultes romains appellent la *causa*, le fait générateur de l'obligation civile, la convention par laquelle une personne promet de donner ou de faire quelque chose, reste dans la classe des simples pactes, de *pactes nus* (*nuda pactio*, liv. VII, § 4, D. *de pact.*, 2, 14), qui ne produisent point d'action. Cependant, il y a quelques conventions obligatoires par elles-mêmes (2).

D. Comment se divisent les contrats sous le rapport de la manière dont ils se forment ?

R. Ils se divisent en quatre classes. En effet, les contrats se forment, comme nous venons de le dire, par la remise d'une chose (*re*), par certaines paroles solennelles (*verbis*), par certaines écritures (*litteris*), ou enfin par le seul consentement des parties (*consensu*) : de là la division des contrats en réels, verbaux, littéraux et consensuels (3).

D. Ne divise-t-on pas aussi les contrats en *nommés* et *innommés ?*

R. En effet, il y a des contrats qui, définis par le droit civil, ont un nom propre et caractéristique (*proprium nomen*),

(1) Sans le consentement des parties, c'est-à-dire sans la convention, il ne peut pas y avoir de contrat ; mais, en sens inverse, il y a souvent convention sans contrat.—Observez que, dans l'exactitude du langage, les mots obligations et contrats ne sont pas synonymes. Les contrats sont des causes, des générateurs d'obligation ; mais, ce ne sont pas les seules causes d'obligations ; puisque les obligations naissent, en outre, des délits et de divers faits auxquels des dispositions particulières ont donné des résultats semblables à ceux tantôt d'un contrat, tantôt d'un délit.

(2) Nous en verrons l'énumération ci après, titre XVII, *des oblig. consensuelles* — Plusieurs conventions qui n'étaient pas obligatoires par elles-mêmes d'après l'ancien droit, le sont devenues plus tard, en vertu, soit de dispositions législatives, soit des édits des préteurs. C'est ainsi que le pacte de donation est devenu, sous les empereurs chrétiens, valable par le seul consentement des parties. Voy. p. 240. Ces conventions, devenues dès lors des contrats consensuels, on les appelle ordinairement *pactes légitimes*, ou *pactes prétoriens*, pour les distinguer, soit des contrats de l'ancien droit, soit des pactes ordinaires ou pactes *nus*, qui ont continué à être dépourvus d'action.

(3) Il sera traité des contrats *réels* au tit. XIV ci-après, des contrats *verbaux* aux tit. XV à XX, des contrats *littéraux* au tit. XXI, enfin des contrats *consensuels* aux tit. XXII à XXVI.

et auxquels sont attachées des actions spéciales ; tels sont les contrats de *vente*, de *mandat*, de *louage*, de *commodat*, qui donnent lieu aux actions spéciales *venditi*, *empti*, *mandati*, *locati*, *commodati*, etc. Ce sont les contrats *nommés*.—Il y a d'autres contrats qui n'ont pas de nom particulier et qui ne donnent pas naissance à une action spéciale, mais qui sont protégés par l'action générale qu'on appelle *præscriptis verbis*. Ce sont les contrats *innommés*.

D. Expliquez-nous l'origine des contrats innommés, et pourquoi l'action commune qu'on leur donne s'appelle *præscriptis verbis ?*

R. A mesure que la jurisprudence s'était perfectionnée, les contrats nommés avaient été analysés et définis avec exactitude, et on avait créé pour chacun d'eux, des formules d'actions spéciales (1). Dans ces formules, on désignait le contrat qui donnait lieu à l'action par son nom propre ; ce qui, en obligeant le juge, dont les pouvoirs étaient déterminés par la formule, à examiner si les caractères juridiques du contrat désigné se rencontraient dans la cause, ne lui permettait de condamner le défendeur qu'autant que les faits vérifiés offraient ces caractères (2). Mais il y eut des conventions en fort grand nombre, qui, bien qu'elles eussent quelque analogie avec tel ou tel contrat nommé, n'en présentaient pas tous les caractères, et auxquelles, par conséquent, ne pouvaient pas convenir les actions propres à ce contrat. Par exemple, le pacte par lequel deux voisins conviennent de se prêter

(1) Il y avait dix contrats nommés : le *mutuum*, le commodat, le dépôt, le gage, la stipulation, le contrat littéral, la vente, le louage, la société et le mandat. On y ajouta plus tard l'emphytéose. Nous verrons quelles actions étaient attachées à ces sortes de contrats.

(2) Par exemple, quand il s'agissait d'une vente alléguée par le demandeur, la partie de la formule dans laquelle on indiquait le fait à l'occasion duquel s'élevait le litige (la *demonstratio*. Voy. le tit. *des actions*), était conçue de cette manière : QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDITIT ; quand il s'agissait d'un dépôt : QUOD A. AGERIUS APUD N. NEGIDIUM MENSEM ARGENTEAM DEPOSUIT (*Gaius*, 4, § 40). La formule ajoutait : QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA ID JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO : SI NON PARET ABSOLVITO (*Gaius* 4, § 47). Il résultait de là que le juge ne pouvait condamner le défendeur (*N. Negidium*) qu'autant que les caractères de la vente ou du dépôt se rencontraient dans les faits constatés par la vérification dont il était chargé.

mutuellement leurs bœufs pour labourer, a quelque rapport avec le louage, mais ce n'est pas un louage proprement dit, parce que le prix du louage doit consister en une somme d'argent, et qu'ici les prestations que se promettent les parties ne consistent ni pour l'une ni pour l'autre en numéraire (1). Les conventions de ce genre devait-on les laisser toujours et indistinctivement sans force obligatoire, sans action ? Non, sans doute. On ne les rendit jamais, à la vérité, obligatoires par elles-mêmes (2) ; mais, en certains cas, lorsqu'une des parties avait exécuté la convention, on considéra ce commencement d'exécution comme une cause légale d'obligation pour l'autre partie (*subsit causa*, L. 7, § 2, D. *de pactis* 2, 14), et l'on inventa une formule générale qu'on pût accommoder à tous ces cas. Dans cette formule, comme on ne pouvait pas désigner par un nom propre le contrat allégué par le demandeur, on employait une périphrase pour exposer en tête de l'action (*præscriptis verbis*) le fait générateur du contrat innommé ; et voilà pourquoi on a donné à l'action inventée pour eux (3) par les jurisconsultes, le nom d'action *præscriptis verbis*, ou d'action *in factum præscriptis verbis* (4).

D. Dans quels cas l'exécution donnée par l'une des parties

(1) Nous verrons, dans les titres suivants, beaucoup d'autres exemples de contrats innommés qui rendront plus sensible encore la doctrine que nous exposons ici.

(2) Pour les rendre obligatoires, indépendamment de toute exécution, il aurait fallu les solenniser par la *stipulation*. Voy. tit. XV.

(3) L'action *præscriptis verbis* a été mise en usage par les jurisconsultes. Aussi est-ce une action du droit civil dans le sens restreint (*civilis actio*), par opposition au droit d'origine prétorienne. — C'est aux Proculéiens, et particulièrement à Labéon (L. 1, § 1, D. *de præscrip. verbis*, 19, 5), qu'on doit l'invention de l'action *præscriptis verbis*. Les Sabiniens préféraient donner au contrat innommé l'action *utile* du contrat nommé avec lequel il avait le plus d'analogie. Cette opinion, moins logique que celle des Proculéiens, n'a pas prévalu.

(4) Il ne faut pas confondre avec l'action *præscriptis verbis*, où le *factum* n'est énoncé que dans la partie de la formule appelée la *demonstratio*, l'action appelée *in factum*, par opposition à l'action *in jus concepta*, et dans laquelle le fait matériel d'où dépend la condamnation du défendeur est énoncée dans une autre partie de la formule, dans l'*intentio*. L'action *in factum præscriptis verbis* n'est pas *in factum*, mais *in jus concepta*, parce que ce n'est pas seulement un fait matériel, mais un fait ayant les caractères juridiques nécessaires pour constituer un contrat, une obligation, que le juge doit vérifier.

à la convention constitue-t-elle une cause légale d'obligation ?

R. Les textes ne permettent pas d'établir une théorie bien précise à cet égard. On sait seulement qu'il y avait cause juridique d'obligation, et qu'on accordait, par conséquent, l'action *præscriptis verbis*, toutes les fois que l'une des parties avait, par suite d'une convention, transféré la propriété d'une chose, soit pour que l'autre partie lui transférât la propriété d'une autre chose (DO UT DES : L. 5, D. *de præs. verb.* 19, 5) (1), soit pour qu'elle exécutât un fait quelconque (DO UT FACIAS ; *ibid.*), par exemple, pour qu'elle construisît ou réparât un bâtiment, pour qu'elle peignît un tableau. Lorsque l'une des parties avait exécuté un fait pour obtenir une propriété (FACIO UT DES), ou pour que l'on exécutât un fait envers elle (FACIO UT FACIAS), la question de savoir si la convention suivie de ce commencement d'exécution produisait l'action *præscriptis verbis* semblait dépendre de l'analogie qui rapprocherait cette convention des contrats de dépôt, de commodat, de vente, de louage, de mandat et de société (2).

D. Celui qui a fait une translation de propriété (DATIO) pour obtenir une dation ou un fait qu'on n'exécute pas, ne peut-il pas, s'il le préfère, employer une autre action que l'action *præscriptis verbis* ?

R. Oui ; au lieu de recourir à l'action *præscriptis verbis*, qui est une action en indemnité (3), il peut répéter sa chose

(1) Ce cas est celui de l'échange. L'échange, en effet, n'était qu'un contrat innommé qui n'était obligatoire et ne donnait lieu à une action que quand l'un des échangistes avait livré sa chose. Cependant, cette convention semble avoir un nom. Mais le mot *permutatio* désignait plutôt le fait de l'échange consommé que la convention par laquelle on s'engageait à échanger. L'échange, aussi, n'était point l'objet d'une action particulière, et ne donnait jamais lieu qu'à l'action commune aux contrats innommés, à l'action *præscriptis verbis*.

(2) Voy. M. *Ducaurroy*, nos 1050 et suiv. — Au reste, celui qui, ayant exécuté un fait sans recevoir l'équivalent convenu, n'aurait pas l'action civile *præscriptis verbis*, pourrait recourir à une action prétorienne, notamment à l'action *de dolo malo*, qui se donne en réparation de tout dommage causé par dol, c'est-à-dire avec dessein de nuire.

(3) L'action *præscriptis verbis* a pour résultat de faire condamner le défendeur qui n'a pas rempli son obligation, à payer au demandeur une somme équivalente aux dommages que celui-ci a soufferts ; et comme le chiffre de l'indemnité n'était pas déterminé dans la formule, mais laissé à l'appréciation du juge (*quidquid dare facere oportet, id*

par la condiction *causa data, causa non secuta*, qui se donne dans tous les cas où l'on a aliéné une chose dans une intention que l'autre partie ne remplit pas (1).

D. N'y a-t-il pas plusieurs divisions des contrats autres que celles dont vous avez parlé ci-dessus ?

R. Oui. —Ainsi les contrats se divisent en *synallagmatiques* ou *bilatéraux*, qui produisent des obligations réciproques et une action en faveur de chacun des contractants (2), et *unilatéraux*, dans lesquels il n'y a obligation contractée que de la part de l'une des parties (3). Ils se divisent aussi en contrats *de bonne foi* dans lesquels l'étendue de l'obligation de chaque partie est réglée d'après l'équité et la bonne foi *(ex æquo et bono)*, et contrats de droit étroit *(stricti juris)*, où l'étendue de l'obligation est invariablement fixée par la lettre même de la convention (4).—Les contrats unilatéraux sont des contrats de droit strict.

condemnato), cette action était au nombre de celles qu'on appelait *incerti ;* elle est, en effet, souvent désignée, d'après les textes, sous le nom d'*actio incerti*.

(1) La condiction *causa data*, etc., est une condiction proprement dite. Car le nom de condiction, qui est souvent générique et s'applique à toutes les actions personnelles où l'on réclame *quidquid dare aut facere oportet* (voy. p. 194), se donne, dans le sens étroit, à l'action qui a pour but de se faire donner ou restituer la propriété d'une chose (*si paret dare oportere*). Voy. le titre *des actions*.

(2) Comme la vente, le louage, la société.—Les commentateurs appellent le dépôt, le commodat, le gage et le mandat, des contrats synallamatiques *imparfaits*, parce qu'ils ne produisent pas originairement et nécessairement des obligations réciproques, et que ce n'est qu'indirectement et par suite d'un fait extérieur à la convention, qu'ils peuvent produire une action *contraire* en faveur du dépositaire, du commodataire, du gagiste et du mandataire, tandis qu'ils produisent toujours et directement une action (*directe*) en faveur du déposant, du commandant, du mandant et de celui qui a remis le gage.

(3) Les seuls contrats véritablement unilatéraux sont le *mutuum*, la stipulation et le contrat littéral.

(4) Cette distinction se reproduit parmi les actions. Nous verrons en effet, au titre *des actions*, que les actions *de bonne foi* donnent au juge (nommé alors *arbiter*) une latitude d'appréciation que ne lui laissent point les actions *de droit étroit*.

TITRE XIV. — *De quelles manières une obligation se contracte par la chose* (1).

D. Quels sont les contrats réels, c'est-à-dire qui se forment par la chose (*re*) ?

R. Tous les contrats *innommés* sont des contrats réels ; car, dans tous, il faut que l'une des parties ait donné ou fait quelque chose pour que la convention sorte de la classe des simples pactes et produise une obligation civile (p. 413). Parmi les contrats *nommés*, il y en a quatre réels, le *mutuum* ou prêt de consommation, le *commodat* ou prêt à usage, le *dépôt* et le *gage*. La convention par laquelle on s'engage à prêter, à déposer ou à mettre en gage n'est qu'un simple pacte, un pacte nu ; elle ne devient un contrat et ne produit une obligation civile que lorsqu'il y a eu livraison de la chose qui fait l'objet du contrat.

D. Qu'est-ce que le *mutuum* ?

R. Le *mutuum*, ou prêt de consommation, est un contrat par lequel l'une des parties donne à son cocontractant une certaine quantité de choses qui s'évaluent au poids, au nombre ou à la mesure, à la charge par celui-ci de lui en rendre autant, de même espèce et qualité (*aliæ ejusdem naturæ et qualitatis*) (2)

D. Comment appelle-t-on les choses qui s'évaluent au poids, au nombre ou à la mesure ?

R. On les appelle choses *fongibles*, parce que, dans l'intention des parties, elles se remplacent et se représentent

(1) *Par la chose.* C'est ainsi qu'on traduit vulgairement les mots *re contrahitur*. Il me semble que la traduction serait plus exacte et plus expressive, si on disait que l'obligation se contracte par un *fait*, la remise d'une chose ; car telle paraît être la signification du mot *re*, pris par opposition à *verbis* et à *litteris*.

(2) Si nous donnions une chose à quelqu'un, à la charge de nous en donner lui-même une autre d'espèce différente, ce serait un échange. — Le *mutuum* n'oblige par lui-même à rendre que la quantité prêtée. Si l'emprunteur s'engageait à rendre plus qu'il n'a reçu, par exemple, des intérêts quelconques, l'engagement relatif à ces intérêts ne dérivant pas du *mutuum* (*nova obligatio*, L. 121, D. *de verb., sign.*, 50, 16), aurait besoin, pour être obligatoire, d'être solennisé par la stipulation (L. 24, D. *de præs. verb.*, 19, 5 ; L. 3, C. *de usuris*, 4, 32).

mutuellement (*in genere suo* FUNCTIONEM *recipiunt*. L. 2, § 1 ; ff. *de reb. cred. Quatenus mutua vice fungantur*. L. 6, D. *de reb. cred.*, 12, 1).—On définit quelquefois les choses fongibles, celles qui se consomment par le premier usage (*quæ ipso usu consumuntur*) ; mais cette définition est inexacte sous deux rapports : d'une part, les choses qui se consomment ordinairement par l'usage, comme l'argent monnayé, ne sont point choses fongibles lorsqu'on les emprunte *ad pompam et ostentationem* (L. 3, § *ult.*, 1. 4, ff. *commod.*, 13, 6) ; par exemple, lorsqu'on emprunte des pièces de monnaie pour s'en servir au jeu comme marques de point, et les rendre ensuite identiquement, ou lorsqu'un changeur emprunte des monnaies étrangères, non pour les échanger mais pour garnir les collections qu'il veut étaler (1). D'une autre part, beaucoup de choses qui ne se consomment pas par l'usage peuvent être fongibles ; c'est ainsi qu'un exemplaire d'un ouvrage peut être remis par un libraire à un de ses confrères, à la charge par celui-ci de rendre, non pas le même exemplaire, mais un semblable ; cet exemplaire est fongible dans l'intention des parties. C'est donc l'intention des contractants qui donne à l'objet livré le caractère de chose fongible.

D. D'où dérive le nom de *mutuum*, que les jurisconsultes romains donnaient au prêt de consommation ?

R. Il dérive de *ex meo tuum ;* ce contrat suppose, en effet, qu'il y a eu translation de propriété du prêteur à l'emprunteur.

D. Si la chose livrée dans l'intention de constituer un *mutuum* n'a pu, par une cause quelconque, devenir la propriété de l'emprunteur (2), n'y a-t-il donc point de contrat ?

(1) Dans ces différents cas, il n'y a point *mutuum*, mais *commodat.* On dit assez souvent que les animaux et autre chose qui, quoique de même espèce, sont différents en qualité dans l'individu, ne peuvent être l'objet d'un *mutuum ;* cependant, si un marchand de chevaux en donne deux à un autre, à la condition que celui-ci en rendra deux autres de même qualité, c'est évidemment un *mutuum*, les chevaux sont ici choses fongibles. Il en serait de même si un boucher empruntait trois moutons à un autre boucher, sous condition de lui en rendre trois autres.

(2) Pour que la chose livrée devînt la propriété de l'emprunteur, il fallait, dans l'ancien droit, employer la mancipation ou la cessio *in jure*, pour les choses *mancipi*, et la tradition, pour les choses *nec*

R. Non ; il n'y a point de *mutuum*.—Tel est le cas où un pupille a prêté une somme d'argent sans l'autorisation de son tuteur. La propriété des écus n'étant pas transférée à l'emprunteur à cause de l'incapacité du pupille, il n'y a point de *mutuum*, point d'obligation contractée (*non contrahit obligationem*, Inst., liv. II, tit. VIII, § 2). Aussi le pupille n'a-t-il point l'action personnelle qui naît du *mutuum* ; c'est par la revendication qu'il agit contre celui à qui il a remis son argent, du moins tant que cet argent existe, c'est-à-dire tant qu'il n'a pas été employé par l'emprunteur (1).

D. Quelle est l'action qui naît du *mutuum ?*

R. Le *mutuum* donne naissance à la condiction proprement dite.— Le nom de condiction, pris dans un sens général, se donne à toutes les actions par lesquelles on soutient que l'adversaire est obligé, d'après le droit civil, soit à donner quelque chose, soit à faire (*dare*, *facere*, *oportere*), mais, dans son sens propre, la *condictio*, caractérisée par la formule SI PARET DARE OPORTERE, est l'action par laquelle le demandeur soutient que le défendeur doit le rendre propriétaire (*dare*), l'action qui doit entraîner la condamnation du défendeur, s'il appert, s'il est établi qu'il soit obligé de transférer la propriété, comme le soutient le demandeur. Dans la condiction proprement dite, la somme ou la chose qui forme l'objet de l'obligation alléguée par le demandeur est indiquée

mancipi. Il fallait, de plus, que le *mutuum* fût fait entre personnes capables de transférer et d'acquérir la propriété.

(1) Quand l'argent a été employé, si l'emprunteur a été de mauvaise foi, le pupille a contre lui l'action *ad exhibendum ;* si l'emprunteur a été de bonne foi, le pupille exerce contre lui la *condiction* (voy. p. 249), mais, dans ce cas même, l'obligation de l'emprunteur ne naît pas précisément d'un *mutuum ;* ce n'est pas le fait d'avoir reçu la somme, c'est le fait de l'avoir employée sans qu'elle lui appartînt, le fait d'avoir consommé la chose d'autrui, qui constitue l'emprunteur débiteur *quasi ex mutui datione*.—Il en est de ce cas comme de celui où une personne a reçu par erreur une chose qui ne lui était pas due. Notre texte dit ici (§ 1) que cette personne est obligée de rendre la somme indûment payée, et qu'elle peut y être contrainte par la condiction, aussi bien que s'il y avait eu un *mutuum* (*ac si mutuum accepisset*), quoique son obligation ne naisse pas d'un contrat ; car celui qui donne dans l'intention de payer (*solvendi animo*) entend bien plutôt éteindre que former une obligation (*magis distrahere voluit negotium quam contrahere*).

et déterminée (1). Aussi la condiction prend-elle alors le nom de *condictio certi* (2). Telle est l'action qui naît du *mutuum* (3).

D. Qu'est-ce que le *commodat* ?

R. Le commodat ou prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties prête une chose à l'autre pour s'en servir gratuitement, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.

D. En quoi le commodat diffère-t-il essentiellement du *mutuum* ?

R. En ce que, dans le *mutuum*, la propriété de la chose livrée est transférée à l'emprunteur ; tandis que dans le commodat, la livraison de la chose n'attribue au commodataire ni la propriété, ni même le droit d'usage qui en est un démembrement, mais seulement la faculté ou la possibilité d'user (4). Aussi, tandis que l'emprunteur, en cas de *mutuum*, peut rendre une chose pour une autre, le commodataire est tenu de restituer identiquement l'objet qu'il a reçu (EA REIPSA RESTITUENDA).

D. Que résulte-t-il de là dans le cas où la chose livrée périt par cas fortuit ?

R. Il résulte que, dans le *mutuum*, les accidents fortuits, tels qu'un naufrage, un incendie, une attaque de voleurs, en

(1) Par exemple, SI PARET.... SESTERTIUM DECEM MILLIA DARE OPORTERE (*Gaius. si paret fondum Tusculanum, hominem Stichum, vini campani optimi amphoras centum ... dare oportere* (voy. 76 D., *de verb. oblig.*, 45, 1).

(2) Quand l'objet de l'obligation n'est pas spécialisé et déterminé dans l'*intentio* de l'action, comme dans les formules citées p. 416, la condiction s'appelle *condictio* ou *actio incerti*.

(3) La condiction, et même la condiction *certi*, n'étant point spéciale au *mutuum* et résultant de toute obligation qui astreint à transférer la propriété d'une chose déterminée, si l'on veut désigner particulièrement celle qui naît du *mutuum*, il faut l'appeler *condictio certi ex mutuo* (voy. *Mackeldey*, § 397).— L'action à laquelle le *mutuum* donne naissance est quelquefois appelée simplement *actio mutui* (L. 5, C. VII, 35 ; l. 3. C. V, 39).

(4) Le commodataire n'a pas le droit *absolu* d'usage, il n'a que le droit *relatif* : il n'use qu'en vertu de l'obligation où est le commodant de le laisser user de la chose (voy. note 2 de la page 410).

dépouillant l'emprunteur, ne le libèrent pas (*obligatus remanet*), non seulement parce qu'il est devenu propriétaire (1), mais parce que l'objet qui a péri n'est pas précisément celui qu'il doit rendre ; tandis qu'un semblable accident libérerait le commodataire, parce qu'étant tenu de rendre identiquement la chose reçue, la perte de cette chose rend son obligation impossible et sans objet.

D. Le commodataire n'est-il jamais tenu des cas fortuits ?

R. Il est tenu lorsqu'ils ont été occasionnés par une faute quelconque de sa part ; car le commodataire, à qui profitent gratuitement les services de la chose, est tenu de toute espèce de faute, et il ne lui suffit pas d'avoir apporté dans la surveillance de la chose prêtée le même soin qu'il donne habituellement à sa propre chose, si quelque autre plus soigneux (*diligentior alius*) eût pu la garder (2). Ainsi le commodataire resterait responsable des objets prêtés qui lui auraient été, non pas enlevés de force, mais soustraits ; il serait responsable des objets enlevés de force, s'il les avait exposés à cet accident en les emportant en voyage.

D. Le commodat est-il toujours gratuit ?

R. Oui, le commodat est essentiellement (3) gratuit ; si le

(1) On dit ordinairement *res perit domino* ; mais cette règle n'est absolument vraie que lorsqu'on oppose le propriétaire de la chose à ceux qui en ont la garde ou l'usage, par exemple au commodataire ; elle n'est pas exacte à l'égard du créancier d'une chose certaine et déterminée : car lorsque cette chose périt par cas fortuit, elle périt bien plus pour le créancier dont la créance est éteinte par l'impossibilité où est le débiteur d'acquitter son obligation, que pour le propriétaire, qui perd à la vérité son droit de propriété, mais qui se trouve libéré de l'obligation où il était de le transférer (voy. le titre *de la vente*).

(2) La responsabilité du commodataire a moins d'étendue, lorsque le commodat a été fait aussi dans l'intérêt du commodant (voy. ce que nous disons sur les *fautes*, au titre de la *société*).

(3) On distingue ordinairement, dans les contrats, ce qui leur est *essentiel*, ce qui leur est *naturel*, et ce qui leur est *accidentel*. Les choses essentielles au contrat sont celles qui le constituent, et sans lesquelles il ne serait plus ce qu'il est ; on ne peut les retrancher sans le détruire. Les choses naturelles au contrat sont celles qui y sont comprises sans qu'on ait besoin de s'en expliquer, mais qu'on peut en retrancher sans détruire ce contrat. Enfin les choses accidentelles au contrat sont celles qui, n'y étant point naturellement comprises, n'y ont été jointes que par une convention spéciale : telle est

preneur s'engageait à payer une rétribution, ce ne serait plus un commodat, ce serait un louage.

D. Quelles sont les actions auxquelles le commodat donne lieu ?

R. Le commodat donne lieu à deux actions spéciales, qui portent le nom du contrat d'où elles dérivent : l'action directe du commodat, et l'action contraire du commodat.

D. A qui et contre qui se donne l'action directe du commodat ?

R. Elle se donne au commodant contre le commodataire, à l'effet de contraindre celui-ci, soit à la restitution de la chose, dès qu'il en a retiré l'usage pour lequel elle lui a été prêtée (1), soit au paiement des dommages résultant de sa sa faute (2).

D. A qui et contre qui se donne l'action *contraire* de commodat ?

R. Elle se donne au commodataire pour réclamer les indemnités qui lui seraient dues par le commodant ; car le contrat, qui n'est pas pour le commodant une cause immédiate d'obligation, peut en devenir l'occasion ; ainsi, par exemple, il devrait indemnité pour les dépenses extraordinaires qu'aurait exigées la conservation de la chose, ou pour le tort que son usage aurait fait éprouver par suite des défauts que connaissait le commodant et qu'ignorait le commodataire (L. 18, *pr.* § 2, ff. *commod.*, 13, 6).—L'action qui se donne, dans ces différents cas, au commodataire, se

la convention d'un intérêt à payer (*usura*, *fœnus*) en outre du capital, faite dans le *mutuum*.

(1) Le commodant ne peut pas retirer la chose à son gré : il doit laisser le commodataire s'en servir pendant le temps et pour l'usage convenus.

(2) Le commodataire doit apporter à la garde de la chose beaucoup de vigilance (*exactam diligentiam*), il ne lui suffirait pas d'avoir donné à la chose le même soin qu'il est dans l'habitude de donner à ses propres affaires, si une personne plus soigneuse que lui eût pu la conserver. Il répond, par conséquent, de la faute, même *légère*. Cependant, comme la responsabilité diminue quand le contrat a lieu dans l'intérêt du prêteur, l'emprunteur ne serait tenu que de son dol ou de la faute *grave*, si le commodat pouvait être considéré comme profitant exclusivement au commodant (L. 5, § 10, D. *commod.*, 13, 6 ; Voy. ce que nous disons sur la théorie des fautes, p. 466.)

nomme *contraire*, par opposition à l'action principale donnée au commodant et qu'on appelle *directe*, parce qu'elle dérive directement et immédiatement du contrat, la chose reçue devant nécessairement être rendue au commodant, tandis que l'action contraire naît à l'occasion du contrat, d'un fait postérieur qui peut exister ou ne pas exister.

D. Qu'est-ce que le dépôt ?

R. C'est un contrat par lequel on reçoit la chose d'autrui pour la garder gratuitement, et la restituer à la volonté de celui qui l'a confiée.

D. Lorsqu'on a fixé un terme pour la durée du dépôt, la restitution peut-elle être demandée avant l'échéance de ce terme ?

R. Oui ; en sens inverse de ce qui arrive dans le commodat, la restitution de la chose peut, en cas de dépôt, être demandée avant le terme convenu, parce que, le dépositaire ne pouvant avoir aucun motif de prolonger le service purement gratuit qu'il rend au déposant, le terme est censé établi dans le seul intérêt de ce dernier et pour empêcher que le dépositaire ne fasse une restitution intempestive. Le dépositaire ne pourrait offrir la restitution par anticipation, qu'autant qu'il aurait de graves motifs de se décharger du dépôt (L. 5, § 2, ff. *depos.* 16, 3).

D. Le dépositaire est-il responsable de sa négligence ; par exemple, répondrait-il du vol de la chose déposée ?

R. Non (1) ; le dépositaire ne répond que de son dol et de la faute lourde, qui est assimilée au dol, à moins qu'il ne se soit offert au dépôt, auquel cas il serait tenu de la faute légère (L. I, § 35, ff. *eod.*) ; car, en général, l'obligation à laquelle on s'offre devient par cela plus rigoureuse.

D. Quelles actions résultent du dépôt ?

R. Il en résulte deux actions, l'une *directe* et l'autre *contraire*. L'action directe du dépôt se donne au déposant pour obtenir la restitution de la chose déposée (2), et le paiement

(1) Celui qui s'est adressé à un dépositaire négligent doit s'imputer de s'être exposé aux suites de ce défaut.

(2) On distingue, sous le nom de dépôt *nécessaire* ou *misérable*, celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage. La condamnation encourue par suite d'un semblable

des dommages résultant du dol ou de la faute lourde du dépositaire. L'action contraire de dépôt se donne au dépositaire pour contraindre le déposant à lui rembourser les dépenses (1) faites pour la chose déposée, et à l'indemniser des dommages que la chose déposée pourrait lui avoir causés (2).

D. Qu'est-ce que le gage ?

R. Le gage est un contrat par lequel une chose (3) est livrée à un créancier pour assurer sa créance, et être rendue en nature après le paiement de la dette.

D. Quelles actions résultent du gage ?

R. Il en résulte deux actions, l'une directe et l'autre contraire. L'action *pigneratitia* directe se donne contre le créancier, à l'effet de le contraindre à restituer la chose lorsque le débiteur a acquitté la dette pour laquelle le gage était constitué (4), ou l'excédant du prix si la chose a été vendue (voy. p. 250) ; et, dans tous les cas, pour obtenir le payement des dommages résultant de sa faute même légère (5). L'action

dépôt, peut se monter *au double* (voy. le titre *des actions*). Le sequestre est aussi une espèce de dépôt ; il a lieu lorsqu'une chose litigieuse est remise, du consentement des deux parties, à une personne qui doit la rendre à celui qui gagnera le procès.

(1) Même ordinaires, par exemple les frais de nourriture, s'il s'agit d'un animal.

(2) Le déposant est tenu de toute espèce de faute à cet égard.

(3) Soit mobilière, soit immobilière. C'est mal à propos et contre le texte positif du § 7, *de action.*, qu'on a imprimé que le contrat prenait le nom d'hypothèque quand la chose donnée en gage était immobilière. L'hypothèque différait, en droit romain, du gage proprement dit, en ce qu'elle avait lieu lorsque le débiteur convenait d'affecter une chose au payement de sa dette, *sans la livrer au créancier*. Du reste, le gage et l'hypothèque s'établissent indifféremment sur les meubles et les immeubles (voy. le tit. *des actions*). — Le mot gage (*pignus*) a plusieurs significations ; il signifie : 1o le contrat de gage ; 2o le droit *in re* que le créancier acquiert par suite de ce contrat, lorsque le débiteur est capable de disposer de la chose ; 3o la chose même engagée.

(4) Cependant l'empereur Gordien a voulu que le créancier pût retenir le gage, après le payement de la créance pour laquelle il était constitué, pour toutes les autres créances qu'il aurait contre le même débiteur (L. 1, C. *etiam ob chirogra.* 8, 27).

(5) La responsabilité du créancier gagiste est la même que celle du commodataire ; elle est plus grande que celle du dépositaire, parce

pigneratitia contraire se donne au créancier pour le remboursement des dépenses (1) qu'il a faites pour la conservation de la chose, pour les dommages que le gage peut lui avoir causés par la faute du débiteur (L. 31, ff. *de pigner. act.*, 13, 7), enfin pour l'éviction qu'il aurait soufferte de la part du véritable propriétaire, lorsque le débiteur lui a donné en gage une chose qui ne lui appartenait pas.

D. Celui qui a remis la chose d'autrui à titre de commodat, de dépôt ou de gage, peut-il exercer, pour se la faire restituer, les actions directes qui naissent de ces différents contrats ?

R. Oui ; en effet, le contrat, lors même qu'il a pour objet la chose d'autrui, n'en est pas moins valable entre les contractants, et n'en produit pas moins des obligations respectives, notamment celle de restituer la chose à celui de qui on la tient, à moins cependant que celui qui l'a reçue ne soit lui-même propriétaire ; car nul ne peut-être considéré comme commodataire, dépositaire ou détenteur à titre de gage de sa propre chose.

D. D'après ce que vous venez de dire, la tradition peut selon l'intention des parties, transférer ou non la propriété, et former tantôt un *mutuum*, tantôt un commodat, un dépôt ou un gage. En était-il de même de la mancipation et de la cession *in jure* ?

R. Non ; la mancipation et la cession *in jure* transportaient toujours la propriété, sauf la convention dite *fiducia*, par laquelle le nouveau propriétaire pouvait être obligé à remanciper ou à rétrocéder la chose. C'est ainsi ordinairement que le père de famille, pour dissoudre sa puissance mancipait (*contracta fiducia* voy. p. 147). C'est ainsi pareillement que, pour mettre une chose en dépôt chez un ami, ou la donner en gage à son créancier, on lui en transférait le domaine pour le réacquérir ensuite, conformément aux conventions qui accompagnaient la mancipation ou la cession *in jure*. Ces conventions constituaient un contrat nommé *fiducia*,

que celui-ci ne retire aucun avantage du dépôt, tandis que, si le gage est utile au débiteur en ce qu'il facilite son crédit, il n'est pas moins avantageux au créancier, en ce qu'il assure le payement de sa créance.

(1) Même ordinaires, parce que le créancier gagiste, comme le dépositaire, et à la différence du commodataire, ne peut pas se servir de la chose. Cependant on peut convenir qu'il prendra les fruits que produit le gage pour lui tenir lieu d'intérêts, et, dans ce cas, le gage prend le nom d'*antichrèse*.

d'où résultait l'action dite *actio fiduciæ* directe ou contraire comme dans le dépôt et le gage (1).

TITRE XV.—*Des obligations verbales.*

D. Qu'est-ce que les obligations verbales ?

R. Ce sont celles qui naissent de l'emploi fait par les contractants des formules verbales *(verbis)*, destinées à solenniser leur convention.—Dans le dernier état du droit, la *stipulation* est presque la seule, et elle a toujours été la plus importante manière de faire naître les obligations verbales (2).

D. Qu'est-ce qu'une stipulation ?

R. La stipulation consiste dans une interrogation par laquelle l'un des contractants demande à l'autre s'il promet

(1) La mancipation et la cession en justice, *fiduciæ causa*, ne pouvaient pas s'appliquer aux fonds provinciaux (voy. p. 211). C'est probablement ce qui fit introduire la *pignoris datio*, laquelle, ne transmettant pas le domaine, mais seulement la possession, pouvait se pratiquer même entre *non cives*, et pour les immeubles provinciaux. Quoi qu'il en soit, l'usage de la *pignoris datio* se généralisa, et les actions créées par les jurisconsultes pour organiser le contrat de gage, plus simple au fond et en la forme que la mancipation fiduciaire, durent faire peu à peu tomber celle-ci en désuétude. Cependant Gaius (2, § 60) et Paul (11, 13) parlent de la fiducie comme existant encore de leur temps Il n'en est plus question dans les livres de Justinien ; à cette époque, la mancipation et la *cessio in jure* ont complètement disparu.—Observez le progrès du droit en matière de pignoration : d'abord, la mancipation avec fiducie, qui transporte la propriété au créancier ; puis la *pignoris datio*, qui laisse la propriété au débiteur, en donnant seulement la possession au créancier.—Enfin l'hypothèque, création prétorienne qui donne simplement au créancier un droit de suite, en laissant au débiteur, non seulement la propriété, mais aussi la possession.

(2) Dans l'ancien droit, il y avait des obligations verbales autres que la stipulation. Telle était l'obligation formée par le *jusjurandum*, qu'on ne trouve plus en usage, sous Justinien, que pour les engagements de services pris par l'affranchi envers son patron (voy. p. 115 et 414). Tel était aussi un mode particulier de s'obliger à donner une dot qu'on appelait *dictio dotis*, et qui ne pouvait être employé que par la femme et par les ascendants paternels (*Ulp*, 6, § 2). Mais la simple convention de donner une dot étant devenue obligatoire sous Théodose (L. 6, C., 5, 11), la *dictio dotis* a disparu, et Justinien ne traite, sous le titre des obligations formées par paroles, que de la stipulation (voy. *Demangeat*, tom. II, p. 175).

de donner ou de faire quelque chose, et dans une réponse affirmative de celui-ci ; exemple : *Spondesne dare certum ? Spondeo* (1).—La stipulation n'est pas, à proprement parler, un contrat, mais plutôt une manière de contracter, une forme admise pour donner aux conventions la force et la solidité qu'elles n'auraient pas par elles-mêmes. L'origine et l'étymologie du nom indiquent suffisamment le but des stipulations ; car *stipulum* signifie quelque chose de ferme, de solide ; il paraît dériver de *stipes*, souche (*a stipite*).

D. Quelles sont les actions qui résultent de la stipulation ?

R. Il en résulte deux actions, qui se donnent au stipulant (2), suivant la nature de la stipulation ; savoir la condiction proprement dite, ou *condictio certi* (3), lorsque la stipulation est certaine ; et l'action *ex stipulatu*, ou *condictio incerti*, lorsque la stipulation est incertaine (4).

(1) Dans l'ancien droit, il fallait que la réponse fût *congruente* à l'interrogation, c'est-à-dire formulée par le même verbe consacré (voy. p. 432). Si donc, à la question *spondesne dare certum* ? on avait répondu : *promitto*, au lieu de *spondeo*, la stipulation n'eût pas été valable ; la forme ou cause légale de l'obligation verbale (*causa*) n'eût pas existé.—Il est probable que la stipulation, telle que nous la trouvons définie et réglée au temps de Justinien, dérive du *nexum* primitivement employé et qui se divisait, ainsi que nous l'avons expliqué, en deux parties distinctes : La partie qui recevait l'engagement présentait une certaine quantité d'argent pesée par le *libripens* et remise à celle qui s'engageait.—Celle-ci, en échange, formulait son engagement en répondant à la question qui lui était posée, et cette seconde partie formait l'engagement proprement dit, ou la stipulation. Cette dernière partie seulement de la double opération dont nous venons de parler a été maintenue par l'usage. La première est tombée en désuétude ; elle avait commencé déjà à devenir plus symbolique que réelle.

(2) *Stipuler*, c'est à proprement parler, se faire promettre par une personne que l'on interroge. Cependant, et en prenant ce mot dans le sens le plus étendu, on appelle *stipulants* les deux contractants, c'est-à-dire non seulement celui qui interroge, mais aussi celui qui répond (*uterque stipulantium*, § 1).

(3) La condiction prend le nom de *condictio certi* toutes les fois qu'elle a pour objet la dation d'une chose certaine, quelles que soient d'ailleurs la cause et l'origine de l'obligation qui lui donne naissance qu'elles résultent d'un *mutuum* ou d'une stipulation. V. p. 422.

(4) La qualification d'*actio ex stipulatu*, qui, par opposition à la *condictio certi*, désigne l'action résultant d'une stipulation qui a pour objet un *incertum*, est quelquefois employée comme qualification gé-

D. Quand la stipulation est-elle certaine ?

R. La stipulation est certaine, lorsqu'elle oblige à donner (1) une chose déterminée, sinon individuellement, au moins par l'indication de son espèce, de sa qualité et de sa quantité (*quid, quale, quantumque sit.* L. 74, D. *de verb. oblig.*, 45, 1), par exemple, l'esclave Stichus, dix pièces d'or, cent amphores de vin de première qualité, de tel cru.

D. Quand la stipulation est-elle incertaine ?

R. La stipulation est incertaine toutes les fois qu'elle a pour objet un fait que l'on a promis d'exécuter ou dont on a promis de s'abstenir (L. 75, § 7, D. *de verb. oblig.*, 45, 1), ou lorsque la chose due est indéterminée dans sa quantité ou dans sa qualité (2).

D. Pourquoi la stipulation d'un fait est-elle toujours incertaine ?

R. Parce qu'on ne peut pas précisément forcer celui qui a promis de faire une chose à la faire, par exemple, à construire une maison, à peindre un tableau ; et que l'action résultant d'une telle obligation n'aboutit qu'à une condamnation pécuniaire dont le montant (qui n'est pas déterminé dans la formule) est réglé par le juge, d'après l'intérêt que le demandeur avait à ce que le détenteur exécutât sa promesse. Cet intérêt était indéterminé ; il variait suivant les circonstances ; c'était au demandeur à le prouver. Aussi, pour être dispensé de cette preuve, et pour que la stipulation ne restât pas incertaine (*ne quantitas incerta sit*, § 7), le créancier avait souvent la précaution de déterminer, dans une stipulation additionnelle, la somme que le débiteur devrait payer

nérale s'appliquant à toute action naissant de la stipulation. Voy. par exemple L. 84, § 6 ; D., XLV, 1 ; l. 42, D., XVII, 2.

(1) On sait que la condiction proprement dite ne se donne jamais que lorsque l'obligation astreint à transférer la propriété. Son *intentio* est conçue en ces termes : *si paret dare opertere.* Voy. p. 422.

(2) Ainsi, la stipulation *rem pupilli salvam fore* (voy. p. 172), la stipulation *domum ædificari*, sont des stipulations incertaines, de même que celles où l'on a stipulé un esclave sans dire lequel, une certaine quantité de vin sans dire quelle qualité. La stipulation d'un usufruit ou de toute autre servitude était considérée comme une stipulation incertaine (L. 75, § 3. D. *de verb. oblig.*).—Toutes ces stipulations donnaient naissance à la *condictio incerti*, dont l'*intentio* était conçue en termes généraux et indéterminés : *quidquid dare facere oportet.* Voy. p. 419.

en cas d'inexécution de l'obligation de faire (1). Alors, en effet, lorsque le débiteur était en demeure, c'est-à-dire en retard d'exécuter ce qu'il avait promis de faire, le créancier demandait, non plus par la *condictio incerti, in quod interest*, mais par la condiction proprement dite, la somme déterminée qui formait l'objet de la stipulation additionnelle.

D. Faut-il pour la validité de la stipulation employer des paroles sacramentelles ?

R. Avant le règne de Léon, il fallait employer dans la stipulation des locutions solennelles, dont voici les plus usitées : *Spondes ? Spondeo. Promittis ? Promitto. Dabis ? Dabo. Facies? Faciam. Fidejubes ? Fidejubeo. Fidepromittis ? Fidepromitto.* La stipulation dans laquelle où se serait servi de termes non solennels, par exemple de ceux-ci : *Polliceris ? Polliceor*, n'aurait point produit l'obligation verbale. Du reste, les paroles solennelles pouvaient se traduire en grec ou en toute autre langue (2), pourvu que les deux parties entendissent la langue ou les langues dont elles se servaient, car on n'exigeait pas que la demande et la réponse fussent faites dans le même idiome.

D'après la constitution de Léon (3), il suffit, pour la validité de la stipulation, qu'il y ait eu consentement des parties, quelles que soient les paroles prononcées ; mais, pour qu'il y ait obligation verbale, il faut toujours qu'il y ait *stipulation*, c'est-à-dire *interrogation* et *réponse* affirmative conforme (4).

(1) Par exemple : SI ITA FACTUM NON ERIT, TU PŒNÆ NOMINE DECEM AUREOS DARE SPONDES ?—Cette stipulation additionnelle est appelée *clause pénale*.

(2) A l'exception pourtant de la formule *spondes ? spondeo*, qui était particulière aux citoyens romains, et qui, en raison de cela, était de droit civil, tandis que les autres, dont l'usage était permis, même aux *peregrini*, appartenaient aux droits des gens (*Gaius*, 3, § 93), et n'ont été admises que plus tard

(3) Voici les termes de cette constitution : *Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus, vel directis, sed quibuscumque verbis consensu contrahentium compositæ sunt, vel legibus cognitæ, suam habet firmitatem.* (Cod. 8, 38, *de contrah. et committenda stipulatione*, § 10).

(4) Voyez la persistance des traditions. Aujourd'hui encore, c'est par une forme analogue à la stipulation, c'est-à-dire par une interrogation et une réponse conforme, que se solennisent chez nous certains actes importants, comme le mariage devant l'officier de l'état civil, le serment prêté.

D. Comment peut être faite la stipulation ?

R. Elle peut être faite purement et simplement, ou à terme, ou sous condition.

D. Quel est l'effet de la stipulation pure et simple ?

R. C'est de rendre l'obligation exigible à l'instant même, du moins en ce sens que le créancier qui intenterait immédiatement son action ne s'exposerait pas à la perdre par suite de la *plus-pétition* (voy. tit. *des actions*) ; car, du reste, le débiteur jouit toujours du délai nécessaire pour exécuter son obligation (§ 27, *de inut. stip.*).

D. Quand la stipulation est-elle faite à terme ? Quel est l'effet du terme ?

R. La stipulation est à terme lorsque les contractants ont fixé l'époque où l'obligation doit être exécutée ; comme quand on dit : *Decem aureos primis calendis martiis dare spondes* ? L'effet du terme est de ne rendre la dette exigible qu'à l'expiration du temps fixé (1), de sorte que le stipulant perdrait son action s'il l'intentait avant cette époque. Observons toutefois que, si le terme retarde l'action du créancier, il n'empêche pas l'existence actuelle de la créance ; en d'autres termes, que, si la dette n'est exigible (*dies venit*) qu'à l'échéance du terme, elle est formée (*dies cedit.* (L. 213, ff. *de verb. oblig.*, 45, 1) à l'instant même de la stipulation (*statim, quidem debetur ; peti non potest)* ; c'est en quoi le terme diffère essentiellement de la condition.

D. Lorsque la stipulation est faite avec l'indication d'un jour où l'obligation devra cesser (2), le terme fixé éteint-il directement l'obligation ce jour-là ?

R. Non ; les modes d'extinction des obligations sont déterminés par le droit civil (voy. tit. XXIX ci-après), et le laps de temps n'y est pas compris (*ad tempus deberis quoad potest*). Si donc on avait stipulé qu'on payerait annuelle-

(1) Le stipulant ne doit même pas intenter son action dans le jour fixé ; car le débiteur qui payerait à la dernière minute de ce jour serait encore dans le délai qui doit lui être laissé en entier (§ 3).

(2) La stipulation est alors faite *ad diem ;* elle est faite *ex die* lorsqu'elle indique le jour où l'exécution doit commencer. Les modernes appellent terme *à quo* celui à partir duquel doit commencer l'exécution, et terme *ad quem* celui à l'échéance duquel l'obligation devra cesser.

ment telle somme jusqu'au décès du créancier (*quoad vivam*), malgré la fixation de ce terme, l'obligation continuerait de subsister après le décès du créancier, comme si la stipulation avait été faite purement et simplement ; ses héritiers auraient toujours l'action résultant de la stipulation ; mais on donnerait au débiteur un moyen de paralyser cette action inique et d'éviter la condamnation. Ce moyen consiste dans l'exception *(pacti conventi)* qu'on ferait résulter du terme convenu (voy. tit. *des exceptions).*

D. Lorsque, sans exprimer aucun terme, on indique pour le payement un lieu autre que celui où les parties contractent, par exemple, lorsqu'on stipule à Rome de payer à Carthage, la stipulation est-elle pure et simple ?

R. Non, il y a un terme sous-entendu. On doit supposer qu'en se référant pour l'exécution du contrat à un autre lieu, les parties se sont référées à un autre temps, c'est-à-dire au temps que nécessite la distance ; autrement l'obligation serait nulle, comme impossible à exécuter : aussi le texte déclare inutile la stipulation par laquelle on promettait à Rome de payer le jour même à Carthage.

D. Quand la stipulation est-elle conditionnelle ? Quel est l'effet d'une telle stipulation ?

R. La stipulation est conditionnelle quand l'engagement est subordonné à un événement incertain, comme quand on dit : *Promettez-vous de donner telle somme si Titius est nommé consul ?* La stipulation conditionnelle ne produit d'obligation qu'autant que le cas prévu se réalise, et lorsqu'il se réalise : alors, suivant l'expression des textes, *committitur stipulatio* (§ 2). Jusque-là il n'y a point de dette ; le stipulant n'a qu'une espérance (*spes est debitum iri*), mais une espérance transmissible (1) à ses héritiers,

(1) Nous avons vu (p. 287) qu'au contraire l'héritier institué ou le légataire ne transmet rien à ses héritiers, lorsqu'il meurt avant l'événement de la condition. La raison de cette différence est que dans les obligations, les deux parties sont censées contracter pour elles et pour leurs héritiers, tandis que les dispositions testamentaires sont réputées faites en considération de la personne du légataire ou de l'institué, et non de ses héritiers.

De ce qu'il n'y a point de dette avant l'événement de la condition, il s'ensuit que celui qui recevrait une chose promise sous une condition non encore accomplie, serait exposé à l'action en répétition, tandis que, si on avait seulement stipulé à terme, le débiteur qui

et qu'il ne dépend pas du promettant de lui enlever (1).

D. D'après cela, quel est l'effet d'une stipulation ainsi conçue : *Promettez-vous de me donner tant, si je ne monte pas au Capitole ?*

R. Cette stipulation ne pourra produire obligation et donner naissance à une action qu'à la mort du stipulant (2) ; car c'est seulement alors qu'il sera certain que le stipulant n'est pas monté au Capitole, et que la condition négative (3) est accomplie. On n'est point admis, dans les obligations, à offrir la caution *mutienne* pour demander l'exécution du contrat pendant que la condition est en suspens (voy. p. 328).

D. Y a-t-il véritablement condition, lorsque le fait auquel l'obligation est subordonnée est passé ou présent, comme lorsqu'on dit : *Si Titius a été consul*, ou *si Mevius est vivant, vous promettez de donner cent ?*

R. Non, il n'y a point condition ; car de deux choses l'une, ou le fait n'est pas, et alors l'obligation qui n'existe point n'existera jamais ; ou le fait est vrai, et alors son existence assure dès à présent l'effet du contrat. Peu importe qu'un fait soit ignoré des parties et incertain pour elles : il suffit qu'il soit certain dans l'ordre réel des choses, pour que l'obligation ne soit point suspendue.

aurait devancé volontairement le terme n'aurait point de répétition, parce qu'il était vraiment obligé, quoique son obligation ne fût pas exigible.

(1) Le promettant ne doit rien faire qui empêche la condition de s'accomplir, autrement il perdrait le bénéfice de sa condition.

(2) Le stipulant ne pourra donc pas exercer l'action ; elle ne pourra appartenir qu'à ses héritiers, Sous ce rapport, la clause *si je ne monte pas au Capitole* équivaut à celle-ci : *lorsque je mourrai.* Mais, sous d'autres rapports, ces deux clauses diffèrent grandement entre elles. En effet, le stipulant ne peut pas ne pas mourir, et dès lors la clause *cum moriar* n'est pas une condition, mais un terme ; au contraire, il peut monter ou ne pas monter au Capitole, et par conséquent la stipulation subordonnée à ce fait incertain est conditionnelle.

(3) La condition négative n'est accomplie que lorsque le fait n'est plus possible. On appelle *négative* la condition qui se réfère au cas où tel événement n'arrivera pas ; et *positive*, celle qui doit s'accomplir dans le cas où tel événement arrivera.

TITRE XVI. — *Des costipulants et des copromettants.*

D. Ne peut-il pas y avoir plus de deux parties *(rei)* (1) dans une seule stipulation ?

R. Oui, il peut y avoir dans la même obligation plusieurs costipulants ou plusieurs copromettants.

Il y a plusieurs costipulants lorsque le promettant, interrogé par plusieurs personnes s'il s'engage à donner ou à faire une même chose, répond à toutes en même temps qu'il s'y engage. Tel serait le cas où Titius et Mévius ayant demandé à Sempronius s'il promettait de donner dix pièces d'or, celui-ci aurait répondu : UTRIQUE VESTRUM DARE SPONDEO. Si le promettant répondait successivement à une première interrogation, puis à une seconde, il y aurait autant d'obligations différentes, il n'y aurait point de costipulants, cette expression s'employant exclusivement pour désigner le concours de plusieurs stipulants dans une seule obligation.

Il y a plusieurs copromettants, lorsque plusieurs personnes répondent au stipulant après avoir été toutes (2) interrogées sur le même objet *(eosdem decem)*.

D. Quel est l'effet d'une stipulation dans laquelle il y a plusieurs costipulants ou plusieurs copromettants ?

R. L'effet d'une pareille stipulation est de rendre chacun des costipulants créancier pour la totalité *(solidum singulis debetur)*, et chacun des copromettants débiteur de la totalité

(1) Le mot *reus* désigne proprement celui qui doit, à qui on demande ; mais, dans un sens général, on appelle *rei* ceux de l'affaire desquels il s'agit, les parties.

(2) Si, après avoir interrogé une personne, et en avoir reçu la réponse directe, le stipulant interrogeait une autre personne qui répondît à son tour, il y aurait deux stipulations différentes, et non deux copromettants dans une seule. Du reste, il importe peu qu'on interroge les promettants et qu'ils répondent tous ensemble en parlant au pluriel (*spondetis ? spondemus.*) ou séparément en parlant au singulier (*spondes ? spondeo.* L. 3 et 4, ff. *de duob. reis*, 45, 2).

D'après ce que nous venons de dire, c'était la forme du contrat, c'est-à-dire la manière dont les interrogations et les réponses s'étaient suivies, qui faisait que chacun des copromettants était obligé pour le tout. Si on donnait à la novelle 99 un sens qui est contesté, Justinien aurait voulu que la forme du contrat ne fût plus suffisante, et aurait exigé que l'intention de s'obliger solidairement fût exprimée dans la stipulation (voy. *Vinnius*, *Pothier*, *Paul*, XLV, 11, 15).

(*singuli in solidum* (1) *tenentur*). Mais, comme la même chose n'est due qu'une seule fois, le payement fait par l'un des copromettants libère tous les autres, de même que le payement fait à l'un des costipulants libère le promettant à l'égard de tous les autres.

D. Le débiteur peut-il donc offrir la chose due à celui des costipulants qu'il veut choisir ?

R. Oui, à moins que l'un des stipulants n'ait exercé l'action résultant du contrat, car alors c'est à celui-là seul qu'il faut payer. De même, lorsqu'un des codébiteurs avait été poursuivi, les autres paraissent ne pouvoir plus l'être ; mais Justinien a autorisé le créancier à poursuivre successivement les codébiteurs jusqu'à ce que la dette soit entièrement soldée.

D. Parmi les copromettants, les uns peuvent-ils être engagés purement et simplement, les autres à terme ou sous condition ?

R. Oui, les répondants sont copromettants par cela seul que la même chose est promise par tous une seule fois ; il importe peu que les uns aient promis purement et simplement, les autres à terme ou sous condition ; et le terme ou la condition apposée à l'obligation des uns n'empêche pas de poursuivre ceux dont l'obligation est pure et simple.

D. Peut-il y avoir plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs solidaires dans un commodat, dans un dépôt et dans tous les autres contrats qui se forment sans solennité verbale ?

R. Oui ; dans ces contrats, comme dans la stipulation, l'intention des contractants peut imposer à plusieurs une obligation commune, et lier chacun pour la totalité (L. 9, ff. *h. t.*) (2).

TITRE XVII.—*De la stipulation des esclaves.*

D. Un esclave peut-il stipuler ?

R. Oui ; un esclave peut stipuler (3) du chef de son

(1) *In solidum.* De là vient que ces obligations ont été appelées *solidaires.*

(2) Consultez pour plus de développements le remarquable ouvrage de M. Demangeat, *des obligations solidaires en droit romain.*

(3) *Stipuler*, c'est-à-dire se faire promettre, mais non pas s'obliger,

maître, c'est-à-dire qu'il a pour stipuler la même capacité que celui dont il dépend.

L'esclave qui appartient à une hérédité non encore acceptée peut stipuler du chef du défunt, comme si celui-ci était vivant, parce que l'hérédité représente la personne du défunt (1).

D. A qui appartient le bénéfice de la stipulation faite par l'esclave ?

R. Soit que l'esclave stipule expressément pour son maître, soit qu'il stipule pour son maître ou pour un autre esclave du même maître, soit enfin qu'il stipule sans désigner personne, l'obligation est acquise au maître (2).

D. Lorsque l'esclave stipule un fait à lui personnel, par exemple, qu'il lui sera permis de passer, le maître acquiert-il la faculté que l'esclave s'est fait promettre ?

R. Non ; cette faculté est limitée à la personne même du stipulant (*ut* SIBI (3) *liceat*), et le promettant qui ne s'est obligé à laisser passer que l'esclave peut refuser le passage à tout autre, même au maître. Toutefois, ce dernier profite de la stipulation, en ce sens qu'il pourra faire passer son esclave, et agir *ex stipulatu* pour contraindre le promettant à remplir son obligation.

ni obligeı son maître, si ce n'est lorsqu'il agit par l'ordre de celui-ci, ou pour l'administration de son pécule ; encore, dans ces différents cas, le maître n'est obligé que par suite d'une action prætorienne (voy. liv. IV, tit. VII).

(1) Il y a cependant quelques restrictions (*in plerisque*). En effet, pour acquérir une hérédité, l'esclave a besoin d'un ordre (voy. p. 253); il doit donc attendre l'adition de l'héritier qui deviendra son maître. Pareillement, un esclave stipulerait en vain un usufruit pour l'hérédité vacante, parce que l'usufruit ne peut pas subsister indépendamment de la personne (L, 26, ff. *h. t.*).

(2) Il en est de même des fils de famille ; leurs stipulations profitent au père sous la puissance duquel ils se trouvent, sauf les distinctions établies ci-dessus, liv. II, tit. IX (voy. p. 251).

(3) L'esclave pourrait stipuler la faculté de passer pour son maître, et alors cette faculté serait attachée à la personne de ce dernier.— Observez au surplus qu'il s'agit ici de la faculté *personnelle* de passer, et non de la servitude de passage, qui, stipulée par l'esclave, s'attacherait au fonds du maître (L. 17, ff. *h. t*).

D. Lorsque l'esclave stipulant appartient à plusieurs maîtres, à qui profite la stipulation ?

R. Elle profite à chacun des maîtres en raison de la part qui lui appartient dans l'esclave même, à moins que cet esclave n'ait stipulé par l'ordre d'un seul, ou pour l'un d'eux nommément ; auquel cas c'est à celui-là seul que le bénéfice de la stipulation serait acquis. On excepte aussi le cas où l'un des maîtres serait dans l'impossibilité de profiter de la stipulation, par exemple, lorsqu'il est déjà propriétaire de la chose qu'on s'est obligé à donner. Enfin, si l'esclave avait exprimé les noms de ses maîtres, si, par exemple, il avait dit : *Promettez-vous de donner à Titius et à Seius ?* le bénéfice de la stipulation se diviserait non en raison de la part que chacun a dans la propriété de l'esclave, mais par portions viriles (*Vinnius* ; voy. l. 57, ff. *h. t.*).

TITRE XVIII.—*De la division des stipulations.*

D. Comment divise-t-on les stipulations, relativement à leurs causes efficientes ?

R. On les divise en *conventionnelles*, *judiciaires*, *prétoriennes* et *communes*, c'est-à-dire tant judiciaires que prétoriennes.

D. Quelles sont les stipulations conventionnelles ?

R. On appelle ainsi celles qui sont faites spontanément par les parties, sans qu'elles soient provoquées par l'autorité du juge ou du préteur (1).

D. Quelles sont les stipulations judiciaires ?

R. Ce sont celles que le juge (2) ordonne et peut seul

(1) Les stipulations conventionnelles varient et se multiplient au gré des parties (§ 3), tandis que les autres ne sont ordonnées que pour des causes et dans des circonstances spéciales (voy. M. *Ducaurroy*, No 290).

(2) On sait que le juge n'est point un magistrat, c'est un simple particulier que le préteur charge, par une *action*, de prononcer sur un litige dont il lui attribue la connaissance. Devant le préteur, à qui on demandait l'action, les parties étaient *in jure*, c'est-à-dire devant le magistrat *qui jus dicturus sit* : devant les juges où elles étaient renvoyées, elles étaient *in judicio*. (Voy. le comm. du tit. *des actions*). Nous avons déjà donné quelques notions sur cette division du procès en deux parties, p. 22 et 97.

ordonner. Telles sont les stipulations dites *de dolo cautio, de persequendo servo qui in fuga est, restituendove pretio.*

D. Quelle est l'utilité de la stipulation appelée *de dolo cautio ?*

R. Cette stipulation est ordonnée par le juge pour garantir (*cautio*) au demandeur que la sentence prononcée en sa faveur sera exécutée sans dol de la part du défendeur. Par exemple, en condamnant Titius à me donner l'esclave dont il me refuse injustement de me transférer la propriété, le juge lui ordonnera de garantir, par une stipulation, qu'il n'a commis aucun dol pour le détériorer ; car en me donnant l'esclave, Titius pourrait me le donner détérioré *e. g.* empoisonné. On exige la même sûreté du défendeur condamné à restituer la chose au propriétaire qui la revendique (L. 20, I. 45, ff. *de rei vind.* 6, 1).

D. Quelle est l'utilité de la stipulation *de persequendo servo*, etc ?

R. Il faut supposer qu'on est en instance contre le propriétaire d'un esclave pour s'en faire transporter la propriété. Lorsque, dans cette hypothèse, l'esclave s'échappe avant la sentence, le défendeur, qui n'est point complice de la fuite et à qui on n'a à reprocher qu'une négligence, ne peut pas être contraint à livrer ce qu'il ne possède plus : mais, comme il est propriétaire, et que lui seul pourra, en cette qualité, suivre l'esclave et le réclamer, le juge lui ordonne de s'engager par stipulation à poursuivre l'esclave pour le revendiquer (*de persequendo servo*), et à le livrer ensuite, ou à en payer la valeur (*restituendove pretio*). Si l'on n'avait non seulement aucune complicité, mais même aucune négligence à reprocher au défendeur, celui-ci serait seulement tenu de promettre qu'il restituera l'esclave s'il revient en son pouvoir, et de céder ses actions au demandeur, qui les exercerait à ses périls et risques (voy. L. 14, § 11, ff. *quod. met. caus.* 4, 2 ; l. 19, § 5, ff. *de leg.*, 1o).

D. Quelles sont les stipulations prétoriennes ?

R. Les stipulations prétoriennes sont celles qui sont et ne peuvent être ordonnées que par le préteur, non par le juge : telles sont les stipulations dites *damni infecti* et *legatorum*. On comprend sous le nom de prétoriennes les stipulations édilitiennes, c'est-à-dire celles qui sont contractées par l'ordre des édiles ; en effet, ces stipulations, comme celles or-

données par le préteur, émanent (*a juris dictione*) d'un magistrat *jus dicens* (1).

D. Quelle est l'utilité de la stipulation dite *damni infecti* (*de dommage imminent*) ?

R. Cette stipulation a lieu lorsque le propriétaire d'une chose affectée d'un vice dangereux, par exemple, d'une maison menaçant ruine, est forcé par le préteur de garantir au voisin l'indemnité du dommage dont celui-ci est menacé (2). Si le propriétaire refusait de contracter cette obligation, le préteur enverrait le demandeur en possession de la maison.

D. Qu'est-ce que la caution dite *legatorum* ?

R. C'est une stipulation, ordonnée par le préteur sur la demande des légataires, par laquelle l'héritier garantit l'exécution des legs non encore exigibles ; sans cette garantie, l'héritier pourrait disperser les biens héréditaires et devenir insolvable, sans que les légataires pussent agir avant l'échéance du terme ou l'événement de la condition.

D. Quelles sont les stipulations communes ?

R. Les stipulations communes sont celles qui peuvent être ordonnées tant par le préteur (*in jure*) que par le juge (*in judicio*). Telles sont les stipulations *rem salvam fore pupilli* et *de rato*.

D. Qu'est-ce que la stipulation *rem salvam pupilli fore* ?

R. C'est celle par laquelle le tuteur et les fidéjusseurs qui s'obligent pour lui, garantissent la conservation de la fortune du pupille (voy. p. 172). Cette garantie doit être donnée avant l'entrée en fonctions du tuteur ; c'est au préteur qu'il appartient d'y pourvoir. Cependant il peut arriver qu'un tuteur poursuive un débiteur du pupille, et le traduise en vertu d'une action, *in judicio*, sans avoir fourni caution ; si

(1) Devant l'édile comme devant le préteur, les parties étaient *in jure* et non pas *in judicio* ; or, les stipulations prétoriennes sont prises ici par opposition à celles qui sont ordonnées *in judicio*, par le juge. On cite, comme exemple d'une stipulation édilitienne, celle par laquelle le vendeur était contraint de garantir que l'objet vendu n'avait pas tel ou tel vice (voy. ce que nous disons des édits, p. 40 et 97).

(2) Remarquez que le tort causé à autrui par les choses qui nous appartiennent ne nous oblige pas directement, et qu'on ne peut rien exiger de nous lorsque nous abandonnons la chose qui a occasionné

le défendeur oppose le défaut de caution, il devient impossible de suivre l'instance. Alors, pour lever cet obstacle (*si aliter hæc res expediri non potest*), le juge peut ordonner au tuteur de stipuler *rem pupilli salvam fore*.

D. Qu'est-ce que la stipulation appelée *de rato* ?

R. La stipulation *de rato* ou *ratam rem haberi*, est celle qui est exigée d'un procureur qui intente une action au nom d'autrui, pour qu'il s'oblige à faire ratifier par celui dont il prend en main les intérêts. Elle est régulièrement ordonnée par le préteur, avant la *litis contestatio* ; mais si on a omis de l'ordonner, et qu'on ait lieu de douter de l'existence de la procuration que le demandeur allègue lui avoir été donnée, le juge devant qui l'affaire a été renvoyée peut la prescrire (voy. *Vinnius* sur le § 4 ; voy. aussi liv. IV, tit. XI).

TITRE XIX.—*Des stipulations inutiles.*

D. En raison de quoi les stipulations peuvent-elles être inutiles ?

R. Les stipulations peuvent être inutiles : 1o à raison de leur objet (P., §§ 1, 2, 22, 24) ; 2o à raison des personnes par lesquelles (§§ 2, 7, 8, 9, 10 et 11), pour lesquelles (§§3, 1, 16, 20 et 21) ou entre lesquelles (§ 6) elles sont faites ; 3o à raison de la manière dont elles sont formées (§§ 5, 18, 23) ; 4o à raison du terme (§§ 13, 14, 15, 16, 26), ou de la condition (§§ 11, 25), qui y est apposée.

D. Quand est-ce qu'une stipulation est inutile à raison de son objet ?

R. Une stipulation est inutile à raison de son objet lorsqu'on stipule (1) : 1o une chose qui ne peut pas exister, comme un centaure, ou qui a cessé d'exister, comme un esclave antérieurement décédé (2) ; 2o une chose qui n'est pas

le dommage (voy. liv. IV. tit. VIII et IX) Ainsi, lorsque mon bâtiment tombe sur l'héritage du voisin, celui-ci n'a point d'action directe contre moi. C'est pourquoi le préteur me contraint d'avance à lui promettre une indemnité.

(1) Stipuler une chose, c'est, dans le sens ordinaire, s'en faire promettre la propriété.

(2) Mais on peut stipuler, comme on peut léguer, une chose future (voy. p. 317).

dans le commerce, comme une chose sacrée, religieuse ou publique, un homme libre ; 3o une chose qui, bien qu'elle soit d'ailleurs dans le commerce, ne peut être acquise au stipulant (1), comme la chose qui, étant sienne, ne saurait devenir pour lui l'objet d'une nouvelle acquisition ; 4o un fait impossible à exécuter, ou contraire aux lois et aux bonnes mœurs, comme un parricide, un sacrilege (§ 24).

D. Dans ces cas, la stipulation reste-t-elle inutile pour toujours, et lors même que l'obstacle primitif viendrait à cesser ?

R. Oui ; ainsi, lors même qu'une chose publique ou sacrée passerait dans le commerce, lors même que l'homme libre qu'on a stipulé deviendrait esclave, lors même que la chose promise cesserait d'appartenir au stipulant, la stipulation serait inutile, du moins lorsqu'elle est pure et simple.

D. Quid juris quand la stipulation est conditionnelle, quand on a contracté dans la prévoyance que la propriété de l'objet stipulé pourrait être transférée au stipulant ?

R. La stipulation n'en serait pas moins inutile, à l'égard des choses que leur nature même place hors du commerce, comme un homme libre, un objet sacré ou public, etc. Mais quand il s'agit de choses que le stipulant n'est empêché d'acquérir que par un obstacle personnel et temporaire, la stipulation serait valable, si, à l'événement de la condition, cet obstacle était levé, parce que c'est seulement alors que l'obligation doit commencer à exister (voy. p. 433). Ainsi rien ne m'empêcherait de stipuler ma propre chose pour le cas où elle cesserait de m'appartenir (L. 31, ff. *de verb. oblig.*, 45, 1).

D. La stipulation qui aurait été utilement contractée cesserait-elle de valoir, si la possibilité de rendre le stipulant propriétaire de la chose venait à cesser ?

R. Oui ; car, du moins en général (voy. p. 318), l'obligation s'éteint lorsqu'elle tombe dans un des cas où elle n'aurait pas pu prendre naissance. Si donc la chose promise venait ensuite à être mise hors du commerce ou à périr entièrement, le débiteur serait libéré pourvu toutefois que l'événement fût arrivé non-seulement sans aucune faute,

(1) Ainsi, par exemple, un esclave chrétien ne peut appartenir à un maître juif (L. 1, D. *de Christ. manc.*).

mais même sans aucun fait de sa part *(sine facto ejus)*, et pourvu aussi qu'il ne fût pas en demeure, c'est-à-dire en retard de livrer la chose (L. 82, § 1 ; 91, ff. *eod. t.*).

D. La stipulation est-elle dépourvue de tout effet, lorsque le stipulant acquiert postérieurement la chose qui en était l'objet ?

R. Pour qu'elle fût totalement dépourvue d'effet, il faudrait que le promettant se fût obligé par pure libéralité, et que le stipulant fût devenu propriétaire gratuitement, par exemple, en devenant héritier du propriétaire ; la stipulation alors serait nulle, parce que deux causes lucratives ne peuvent pas concourir ensemble à l'égard du même objet en faveur du même individu (voy. p. 318). Mais s'il en était autrement, le débiteur, dans l'impossibilité de donner la chose, devrait en payer la valeur.

D. Quand est-ce qu'une stipulation est inutile à raison des parties contractantes ?

R. Une stipulation est inutile à raison de l'incapacité des parties, lorsque l'un de contractants est fou, enfant, muet ou sourd, ou lorsqu'elle a eu lieu entre personnes absentes ou dont l'une est soumise à la puissance de l'autre.

D. Pourquoi le fou est-il incapable de participer à la stipulation ?

R. Parce qu'il n'y a point de stipulation valable sans consentement, et qu'un fou, si ce n'est dans les intervalles lucides, ne peut donner aucun consentement.

D. L'impubère, au sortir de l'enfance, est-il toujours capable de former une obligation verbale ?

R. Au sortir de l'enfance, l'impubère peut stipuler, c'est-à-dire se faire promettre ; il peut aussi, s'il est *sui juris* (pupille), promettre avec l'autorisation de son tuteur (1) ; mais l'impubère fils de famille ne peut pas s'obliger même avec l'autorisation de celui dont il dépend (§ 10).

D. D'où provient l'incapacité du muet et du sourd ?

(1) Suivant notre texte (§ 12), on distinguait : 1o le pupille *infans ;* 2o celui qui était encore *infantiæ proximus* ; celui qui approchait de la puberté, *pubertati proximus.* C'est au dernier seul que l'on reconnaissait la capacité de contracter (sauf l'autorisation du tuteur dans le cas où elle est nécessaire), parce que dans les deux premiers âges

R. Le muet ne peut participer à une stipulation, parce qu'il ne peut ni interroger, ni répondre. L'incapacité du sourd provient de ce que le stipulant doit entendre les paroles du promettant, et le promettant celles du stipulant ; aussi l'incapacité s'applique-t-elle, non à ceux qui entendent difficilement, mais à ceux qui n'entendent pas du tout. La même raison explique l'incapacité de deux absents ; car on entend ici par absents ceux qui sont trop éloignés l'un de l'autre pour entendre ce que chacun dirait (1).

D. Pourquoi la stipulation contractée entre personnes dont l'une est soumise à l'autre est-elle inutile ?

R. Parce qu'un intérêt unique confond, pour ainsi dire, ces personnes en une seule. En effet, la stipulation faite par l'esclave profitant à son maître, lorsque celui-ci promet à son esclave, c'est comme s'il se promettait à lui-même (2). Il en est de même lorsque le fils de famille stipule du père (§ 4), à moins que l'obligation ne soit relative aux pécules dont le stipulant est propriétaire.

D. Quand est-ce qu'une stipulation est inutile à raison de la personne pour qui elle est faite ?

R. La stipulation est inutile lorsque le répondant promet qu'un tiers donnera ou fera quelque chose ; car cette promesse ne lie évidemment pas ce tiers ; et comme il n'a pas été question de donner ou de faire soi-même, le stipulant n'a

l'impubère, quant à l'intelligence, *non multum a furioso distat ;* cependant, par une interprétation favorable, on a étendu à l'impubère *infantiæ proximus* la même capacité. C'est pourquoi, relativement à la capacité du pupille, nous n'avons divisé la pupillarité qu'en deux périodes (voy. p 166), quoique la distinction des trois périodes subsiste en quelques autres points (voy. liv. IV, tit. I).

(1) Pour lever tous les doutes, et éviter les chicanes auxquelles ils donnaient lieu, Justinien a déclaré (§ 12) que lorsqu'un acte écrit constatera une stipulation intervenue entre deux personnes présentes en tel lieu et en tel temps, il faudra, pour détruire ce témoignage écrit, prouver que l'un des contractants a passé en d'autres lieux la totalité du jour indiqué. Jusque-là l'écriture fera pleine foi. Cette preuve doit être faite par d'autres écritures, parce qu'en général la preuve testimoniale n'est pas admise contre la preuve écrite (L. 1, C. *de testib.*) ; cependant l'empereur admet aussi les témoins, pourvu qu'ils soient dignes de foi (*idoneos*).

(2) Il y a, du reste, une raison plus générale qui rend inutile la stipulation de l'esclave, c'est qu'il ne peut s'obliger *civilement* envers personne (voy. p. 433), à la différence du fils de famille pubère.

aucune action contre le répondant (1). Réciproquement, la stipulation faite au profit d'un tiers est nulle, à moins que celui qui l'a faite n'y ait quelque intérêt (2).

D. L'impossibilité de stipuler pour autrui s'entend-elle de toutes les personnes indistinctement ?

R. Elle ne s'entend que des personnes étrangères à la famille du stipulant (*extraneæ personæ*, § 4), et non pas de celles par lesquelles on peut acquérir comme par soi-même. Ainsi le fils de famille et l'esclave peuvent stipuler pour le père de famille (voy. p. 437) ; le père de famille peut stipuler pour son esclave et pour son fils, du moins pour tout ce qu'il acquerrait par eux.

D. Citez des exemples où la stipulation faite par un autre est valable, parce que le stipulant y a intérêt ?

R. On peut citer, comme exemple, le cas où, ayant un procureur chargé de mes affaires, ou un créancier qui, faute de payement, va se prévaloir d'une clause pénale ou vendre le gage que je lui ai donné, je stipule que le promettant sera tenu de donner une certaine somme, soit à l'un, soit à l'autre. Une semblable stipulation est valable, parce que j'ai intérêt à ce que mon procureur ne manque pas d'argent, et à ce que mon créancier soit payé. Il en est de même lorsqu'un tuteur ayant d'abord entrepris la gestion, la cède à un autre tuteur qui promet, ainsi que son fidéjusseur, *rem pupilli salvam fore* (voy. p. 172) : cette stipulation faite par le tuteur honoraire est valable, parce que ce dernier, quoique déchargé de la gestion, est toujours responsable, et se trouve, par conséquent, intéressé dans la garantie qu'il obtient pour le pupille (3).

(1) Toutefois, si quelqu'un promet de faire en sorte qu'un autre donne ou fasse (*effecturum se ut Titius daret*, § 3) ou si l'on s'engage à payer une somme ou une indemnité, dans le cas où l'autre manquerait à donner ou à faire, la promesse est utile, parce que, dans cette stipulation, ce n'est pas un autre, mais soi-même qu'on oblige.

(2) Si la stipulation était faite pour le stipulant et pour un tiers (*sibi et alii*, § 4), elle ne serait valable que pour le stipulant et pour la moitié. Justinien a rejeté, sur ce point, la doctrine des Sabiniens, qui accordaient la totalité au stipulant, en considérant l'adjonction d'un tiers comme non avenue (voy. *Gaius*, 3, § 113).

(3) Cet exemple, dit M. Ducaurroy, n° 1099, prouve qu'en général le tuteur ne peut stipuler pour le pupille, ni lui faire acquérir aucune action lorsqu'il contracte pour ce dernier et en son nom.

D. Ne peut-on pas, en stipulant pour autrui, stipuler pour soi-même une peine, c'est-à-dire une somme que le répondant promet de payer s'il n'accomplit pas la première stipulation ?

R. Oui ; le stipulant a alors un intérêt évident, et, par suite, une action pour demander, non pas la chose stipulée pour autrui, mais la peine stipulée pour lui-même (1).

Ainsi la stipulation faite en ces termes : *Promettez-vous de donner votre maison à Titius ?* est nulle ; mais si on ajoutait : *Et si vous ne la donnez pas, promettez-vous de me donner cent pièces d'or ?* la stipulation aurait effet.

D. Si l'on ne peut pas désigner un tiers pour lui faire ac-

Toutefois, il est plusieurs cas où l'on est forcé de déroger au droit strict en donnant au pupille une action utile contre ceux qui auraient contracté avec son tuteur. Régulièrement le pupille stipule lui-même, et lorsqu'il est *infans* ou absent, c'est un de ses esclaves qui doit stipuler pour lui, parce que le maître profite toujours des obligations contractées envers ses esclaves ; subsidiairement enfin, la stipulation pourrait être faite par le tuteur. Lorsque les parties sont devant le magistrat, celui-ci pourrait stipuler lui-même ou faire stipuler soit par un esclave public (voy. p. 172), soit par toute autre personne qu'il désignerait. Mais, dans tous les cas, le tuteur, le magistrat ou la personne par lui désignée, lorsqu'ils stipulent pour le pupille, ne lui acquièrent qu'une action utile (L. 2, 3, 4, ff. *rem pup. sal.* 46, 6).— Quand un pupille est adrogé, l'adrogeant doit s'engager, par stipulation, à rendre les biens à ceux qui les auraient eus sans l'adrogation, dans le cas où l'adrogé viendrait à mourir avant la puberté. Comme les héritiers de l'adrogé ne sont pas connus de son vivant, ils ne peuvent stipuler eux-mêmes, et la stipulation faite en leur faveur par autrui ne peut leur profiter ; mais on fait stipuler pour eux un esclave public, et la stipulation de cet esclave, qui est censé appartenir à tous les citoyens, leur confère une action utile (voy. p. 142).

(1) Il ne faut pas considérer la clause pénale comme la représentation de l'intérêt que le demandeur aurait dans la première stipulation ; car la peine serait encourue lors même que le demandeur n'aurait aucun intérêt dans cette stipulation (*etiam si cujus nihil interest*, § 19). Il ne faut pas non plus la considérer comme un accessoire de la promesse qu'elle sanctionne, de sorte que la nullité de cette promesse dût entraîner celle de la clause pénale ; car dans l'exemple cité au § 19, la clause pénale est stipulée précisément pour contraindre indirectement le répondant à remplir une promesse qui n'est pas obligatoire. En effet, la peine stipulée est l'objet d'un contrat indépendant qui se forme conditionnellement pour le cas où une promesse antérieure ne serait pas exécutée comme elle aurait pu l'être (voy. M. *Ducaurroy* n° 1008).

quérir le bénéfice de la stipulation, ne peut-on pas le désigner pour recevoir le payement ; par exemple, ne puis-je pas stipuler qu'on donnera à moi ou à Titius ?

R. Oui ; le stipulant est alors seul créancier : le tiers désigné pour recevoir la chose promise n'est qu'un mandataire, un adjoint, que la convention donne au stipulant, non pour profiter de la stipulation, mais pour en faciliter l'exécution ou le payement. Les interprètes l'appellent *adjectus solutionis gratia*. Le payement fait à cet adjoint, fût-il fait malgré le stipulant (*etiam eo invito*), suffit pour libérer le débiteur, sauf l'action de mandat que le stipulant peut exercer contre l'adjoint, pour se faire rembourser ce qu'il a reçu pour lui.

D. Quand est-ce qu'une stipulation est inutile à raison de la manière dont elle est formée ?

R. Une stipulation est inutile à raison de sa forme, lorsque la réponse ne cadre pas avec l'interrogation, comme lorsqu'on stipule purement et simplement, et que le répondant promet sous condition (1).

D. Quid juris lorsqu'on a stipulé dix sesterces et que le répondant n'en a promis que cinq ?

R. Justinien, adoptant ici l'opinion de Gaius (§ 102) décide que la stipulation est complètement inutile. Mais on trouve au Digeste deux textes de Paul et d'Ulpien (voy. L. 1, § 4, l. 83, § 3, ff. *de verb. obl.*, 45, 1), dans lesquels, en considérant dans l'inégalité des sommes, non pas une différence d'objet, mais une différence de quantité, ces jurisconsultes décident que la réponse correspond à la demande, et que la stipulation est valable pour la moindre des deux valeurs, parce que le moins est toujours renfermé dans le plus.

D. Quid lorsque l'interrogation porte sur plusieurs choses et que le répondant n'en promet qu'une ou quelques-unes ?

R. La stipulation est valable pour les choses que le répondant à promises, et nulle pour le surplus. Chaque chose, en

(1) Du reste, il n'est pas nécessaire de répéter dans la réponse toutes les paroles du stipulant ; en répondant, suivant le verbe dont celui-ci se sera servi : SPONDEO, PROMITTO, DABO, etc., on promet tacitement, par ce seul mot, tout ce qu'on a demandé, aux termes et aux conditions énoncées dans l'interrogation.

effet, forme l'objet d'une stipulation particulière ; il existe, par conséquent, dans l'interrogation dont il s'agit, plusieurs stipulations réunies, mais distinctes, et dont l'une peut être parfaite, tandis que l'autre peut rester inutile faute de réponse conforme (§ 18).

D. Lorsque la chose promise n'est pas celle qui est demandée, la stipulation est-elle inutile ?

R. Oui, lors même que les parties auraient désigné par le même nom des choses différentes. Si donc, par exemple, on avait stipulé de moi l'esclave Stichus, et qu'en répondant *je le promets*, j'eusse pensé à l'esclave Pamphile, que je croyais s'appeler Stichus, la stipulation serait inutile. Réciproquement la stipulation n'en serait pas moins valable, si l'objet étant le même, les contractants l'avaient désigné chacun par un nom particulier (L. 136, ff. *eod.*).

D. Quand est-ce qu'une stipulation est inutile à raison de la condition qui y est apposée ?

R. La stipulation est inutile, lorsque l'obligation est subordonnée à une condition impossible ou contraire aux lois et aux bonnes mœurs, comme celle de toucher les astres ou de commettre un meurtre.

D. Quid lorsque la condition est de ne pas faire une chose impossible, par exemple, de ne pas toucher les astres ?

R. Cette condition, loin d'infirmer l'obligation, la laisse pure et simple (voy. p. 435) (2).

D. Qu'entend-on par stipulation *prépostère ?* Une semblable stipulation est-elle valable ?

R. On appelle *prépostère* la stipulation dans laquelle on a fixé l'exécution à un temps antérieur à l'événement de la condition, comme celle où l'on a dit : *Si tel vaisseau revient demain d'Asie, promettez-vous de donner aujourd'hui ?* Une semblable stipulation implique contradiction ; car l'obliga-

(1) Au contraire, dans les testaments, une semblable condition est réputée non écrite, et le legs ou l'institution a l'effet d'une disposition pure et simple (voy. p. 287).

(2) Il en est différemment lorsque la condition est de ne pas faire une chose illicite : l'obligation est nulle. En effet, celui qui stipulerait sous la condition qu'il n'assassinera pas, stipulerait *ex turpi causa* (L. 7, § 3, ff. *de act.*).

tion serait exigible avant d'être née. Jusqu'au règne de Léon, la stipulation prépostère fut toujours inutile : ce prince la déclara obligatoire dans les conventions relatives à la dot ; Justinien, transformant cette exception en règle générale, donne à cette stipulation l'effet qu'elle aurait si elle était simplement conditionnelle et si aucun terme n'y était apposé.

D. Quand est-ce que la stipulation est inutile à raison du terme qui y est apposé ?

R. Avant Justinien, la stipulation était inutile lorsque l'exécution de l'obligation était différée jusqu'après la mort des parties intéressées, c'est-à-dire après celle du promettant ou du stipulant, ou après celle du père de famille qui, ayant ce dernier sous sa puissance, acquérait par lui le bénéfice de l'obligation. Stipuler ou promettre pour une époque où l'on ne sera plus, c'est, en quelque sorte, stipuler ou promettre pour ses héritiers. Or, on pensait qu'une obligation pouvait bien être transmise activement ou passivement aux héritiers des contractants, mais ne pouvait pas prendre naissance dans la personne de ces mêmes héritiers (*Gaius*, 3, § 100) (1). Justinien ne s'est pas arrêté à cette considération ; il a accordé à la stipulation dont il s'agit toute la force que les parties ont voulu lui donner.

D. Pouvait-on, avant Justinien, prendre pour terme le moment de la mort (*cum moriar, vel cum morieris*) ?

R. Oui. En effet, le moment de la mort est le dernier moment de la vie ; car il n'y a que les vivants qui meurent. Par conséquent, lorsqu'on avait pris ce moment pour terme, l'obligation, ou, si l'on veut, l'exigibilité, commençait dans la personne du créancier ou contre la personne du débiteur (2).

(1) Néanmoins on stipulait souvent *post mortem suam* ; et, pour ne pas le faire inutilement, on s'adjoignait un tiers qui stipulait aussi pour lui-même, et qui, au terme convenu, c'est-à-dire après la mort du stipulant, devait recevoir la chose promise, sauf à en rendre compte comme l'*adjectus solutionis gratia* : car ce tiers, qu'on appelait *adstipulator*, était bien un véritable créancier à l'égard du promettant, mais il n'était qu'un mandataire à l'égard du stipulant et des héritiers de celui-ci. Justinien, en permettant de stipuler *post mortem suam*, a rendu inutile le secours et l'usage des adstipulateurs (voy. M. *Ducaurroy*, n° 1016).

(2) Toutefois, si l'homme vit encore dans l'instant même de sa mort, il vit à plus forte raison le jour précédent ; et cependant, avant

D. Lorsque le stipulant ou le promettant meurt avant l'accomplissement de la condition, la stipulation devient-elle inutile ?

R. Non ; les droits des parties sont transmis à leurs héritiers (voy. p. 435).

D. Lorsqu'un écrit constate seulement que quelqu'un a promis, la stipulation est-elle suffisamment prouvée ?

R. Oui. Dire que quelqu'un a promis, c'est faire supposer qu'il a promis, avec les solennités nécessaires pour valider une promesse et la rendre obligatoire, c'est-à-dire en répondant à une interrogation précédente. Ce serait à celui qui nierait l'accomplissement des solennités à prouver qu'elles n'ont pas été observées (voy. *Vinnius* sur le § 47).

TITRE XX.—*Des fidéjusseurs.*

D. Qu'est-ce qu'un fidéjusseur ?

R. On appelle *fidéjusseur* celui qui, au moyen d'une stipulation (1), garantit l'engagement d'un autre (2). La *fidéjussion* a pour but la sûreté du créancier (*ut diligentius* CAUTUM *sit*), qui, en effet, s'accroît avec le nombre des débiteurs.

Justinien, on ne pouvait pas prendre pour terme la veille de la mort (*pridie quam moriar vel morieris*, § 13). On en donnait pour raison que la veille du décès n'est connue qu'après ce décès : mais on pourrait en dire autant du moment même du décès. Il faut convenir qu'il est difficile de trouver une raison solide pour justifier cette différence (voy. *Gaius*, § 2).

(1) Celui qui, sans stipulation, et par un simple pacte, garantit l'obligation d'autrui, ne forme pas une *fidéjussion*,, mais un *constitut*. Ce pacte a été sanctionné par une action prétorienne (voy. tit. *des actions*).

(2) Avant Justinien, les personnes qui s'obligeaient pour autrui se divisaient en *fidéjusseurs*, en *sponsores*, et en *fidepromissores*. Les *sponsores* et les *fidepromissores* ne différaient guère que de nom ; mais ils se distinguaient les uns et les autres des fidéjusseurs par des différences que nous ferons successivement connaître. Ces différences étaient la conséquence des termes employés dans la stipulation. Celui qui s'engageait pour autrui était *sponsor*, *fidepromissor* ou fidéjusseur, suivant qu'à l'interrogation conforme du créancier il avait répondu : *spondeo*, *fidepromitto* ou *fidejubeo* (*Gaius*, 3, § 115 et 116). Justinien n'a point conservé ces distinctions, qui ne pouvaient plus s'accorder avec la liberté où l'on était de son temps d'employer dans les stipulations les paroles qu'on voulait (voy. p. 432).

D. Quelles sont les obligations qui peuvent être cautionnées par fidéjussion ?

R. On peut cautionner par fidéjussion toute espèce d'obligation, c'est-à-dire des obligations contractées soit par la chose, soit par stipulation, soit par écrit, soit par le seul consentement (1). On ne distingue pas non plus si l'obligation à laquelle accède le fidéjusseur est une obligation civile ou naturelle, à tel point qu'un fidéjusseur peut cautionner l'obligation *(naturelle)* d'un esclave soit envers son maître, soit envers un étranger.

D. L'obligation du fidéjusseur passe-t-elle à ses héritiers ?

R. Oui (2).

D. Le fidéjusseur peut-il s'obliger pour une dette future ?

R. Oui, la fidéjussion peut se former soit avant, soit après l'obligation principale. Mais, dans le premier cas, l'obligation du fidéjusseur est suspendue jusqu'à l'existence de l'obligation principale.

D. L'obligation du fidéjusseur peut-elle excéder celle du débiteur principal ?

R. Non ; car l'obligation du fidéjusseur n'est qu'une obligation accessoire, et l'accessoire ne peut contenir plus que le principal. Mais l'obligation du fidéjusseur peut être moins étendue que l'obligation principale (3). Si donc le débiteur principal devait dix, le fidéjusseur pourrait promettre cinq ; mais le contraire ne saurait avoir lieu. Pareillement, le fidéjusseur pourrait s'obliger sous condition ou à terme, pour un débiteur qui serait tenu purement et simplement ; mais il ne pourrait pas cautionner purement et simplement une obligation conditionnelle ou à terme.

(1) Cependant, dans le nouveau droit, la femme ne peut recevoir aucun fidéjusseur pour la restitution de sa dot (L. 1 et 2, *ne fidej. vel. mund.*),—Dans l'ancien droit, les *sponsores* et les *fidepromissores* ne pouvaient accéder qu'à une seule espèce d'obligation, celle qui se contracte par stipulation (*Verbis, Gaius.* 3, § 119).

(2) Au contraire, l'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor* était exclusivement attachée à sa personne, et ne passait point à ses héritiers (*Gaius,* 3, § 120).

(3) Le fidéjusseur peut aussi se lier par des liens plus forts que ceux du débiteur principal. C'est ainsi qu'il peut s'obliger civilement pour une dette naturelle.

D. Lorsqu'il y a plusieurs fidéjusseurs pour une même dette, quelle est l'étendue de l'obligation de chacun ?

R. Dans l'ancien droit, chacun des fidéjusseurs était tenu pour la dette entière, comme s'il avait été seul, et sans aucun recours contre les autres ; de manière que le créancier était libre de choisir celui qu'il voulait poursuivre, et de l'attaquer pour la totalité. Mais on a dérogé à la rigueur de l'ancien droit, en introduisant divers bénéfices en faveur des fidéjusseurs.

D. Quels sont ces bénéfices ?

R. Il y en a trois : on les appelle ordinairement les bénéfices *de division*, *de cession d'actions* et *d'ordre* ou *de discussion*.

D. Qu'est-ce que le bénéfice *de division ?*

R. Ce bénéfice, introduit par un rescrit d'Adrien, consiste en ce que le fidéjusseur contre qui le créancier sollicite une action, peut demander qu'en donnant cette action contre lui, le préteur la donne, non pour toute la dette, mais seulement pour partie (1), ce qui oblige le créancier à poursuivre chacun des fidéjusseurs pour sa part.

D. La division de l'action demandée conformément au rescrit d'Adrien s'opère-t-elle entre tout les fidéjusseurs indistinctement ?

R. Non, elle ne s'opère qu'entre les fidéjusseurs qui sont solvables au moment de la *litis contestatio* (2). Les insol-

(1) *Ut pro parte in se detur actio*, § 4. Ainsi la caution n'oppose pas une *exception*, comme le disent certains commentateurs, pour obtenir de n'être condamné que pour partie, car une exception ne sert qu'à repousser l'action : or, le texte déclare que l'action elle-même ne se donne que pour partie, lorsque le fidéjusseur demande à jouir du bénéfice de division (voy. tit *des exceptions*).

(2) A quelle époque de la procédure avait lieu la *litis contestatio ?* était-ce *in jure*, était-ce *in judicio ?* Nous n'hésitons pas à penser que c'était *in jure*, devant le préteur, lorsque l'action était concédée ; et notre texte le prouve suffisamment. En effet, puisque l'action doit se diviser en raison du nombre des fidéjusseurs solvables, il faut examiner la solvabilité de chacun d'eux avant de donner l'action, ou, au plus tard, en la donnant (voy. d'ailleurs L. 3, C. *de edend.*, *Gaius*, 3, § 180). Quant à la loi *un.*, C. *de lit. contest.*, qui contrarie notre opinion, nous ferons observer avec M. Ducaurroy, n° 1023, que cette constitution a vraisemblablement été, comme beaucoup d'autres,

vables ne comptent pas ; la portion dont ils auraient été tenus reste à la charge des autres *(cæteros onerat)*.

D. Si l'un des fidéjusseurs négligeait de demander la division de l'action, et payait la totalité, aurait-il un recours contre ses cofidéjusseurs ?

R. Non, à moins qu'il n'eût usé du bénéfice de *cession d'actions.*

D. En quoi consiste le bénéfice de *cession d'actions* ?

R. Il consiste en ce que le fidéjusseur peut, avant de payer (1), exiger que le créancier lui cède ses actions, soit pour contraindre ses cofidéjusseurs à lui rembourser chacun leur part respective, soit pour exercer un recours efficace contre le débiteur principal.

D. Lorsque le fidéjusseur néglige de se faire céder les actions du créancier, n'a-t-il aucun recours contre le débiteur principal ?

R. Il faut distinguer : si le fidéjusseur s'est obligé de l'aveu du débiteur, il a contre lui l'action du mandat *(mandati judicium*, § 6) ; s'il s'est obligé à l'insu du débiteur, il a contre lui l'action de gestion d'affaires, *negotiorum gestorum* (voy. tit. XXVII ci-après) ; si enfin il s'est obligé malgré le débiteur (L. 40, ff. *mandat.*, 1, 17) ou par pure libéralité *(animo donandi.* L. 6, § 2, ff. eod.), il n'a aucune action. Observons que, dans le cas même où le fidéjusseur a une action pour poursuivre son remboursement, il peut avoir intérêt à se faire céder les actions du créancier, à cause des gages, hypothèques et privilèges qui peuvent être attachés à la créance principale.

D. En quoi consiste le bénéfice *d'ordre* ou *de discussion ?*

R. Ce bénéfice introduit, ou plutôt rétabli par une novelle de Justinien (*Nov.* 4, *præf.*, et cap. 1), consiste en ce que les fidéjusseurs peuvent exiger que le créancier discute et pour-

accommodée au système judiciaire qui existait sous Justinien, système où il n'y a plus ni action ni exception, ni *litis contestatio* proprement dites. Les mots subsistaient, mais ils n'avaient plus le même sens. Voyez le titre *des actions.* Voyez M. Demangeat, t. II, p. 284.

(1) La cession en droit strict doit se faire avant le payement, car le payement éteint l'obligation et avec elle l'action, qui, par conséquent, ne peut plus être cédée (L. 67, *de solut.*, 46, 3).

suive d'abord le débiteur principal lorsqu'il est présent, et ainsi ne les oblige à payer pour celui-ci que ce qu'il n'aurait pu payer lui-même.

TITRE XXI. — *Des obligations littérales.*

D. Qu'est-ce qu'une obligation littérale ?

R. C'est celle qui résulte d'un écrit. De même qu'en prononçant certaines paroles on pouvait donner à une convention la force d'un obligation civile, pareillement on pouvait, en employant certaines écritures, solenniser le consentement et le rendre obligatoire : le contrat se formait alors *litteris* ou *scriptura*, comme dans le premier cas il se formait *verbis*.

D. Comment se contractait, sous l'ancien droit, l'obligation littérale ?

R. Justinien nous dit qu'elle se contractait autrefois *nominibus*. Il ajoute que ces sortes d'écritures n'étaient plus en usage de son temps (*quæ nomina hodie non sunt in usu*).

Voici les notions que nous fournit à ce sujet le manuscrit de Gaius (3, §§ 128 à 134), rapproché de divers passages de Cicéron et de quelques autres écrivains de l'antiquité :

Dès une époque très reculée, on se servait, à Rome, de registres domestiques (*tabulæ*, *codex*) sur lesquels le père de famille inscrivait son actif et son passif, ses dépenses et ses recettes (1).—Les inscriptions de créances faites sur le *codex* ou les *tabulæ* au nom d'une personne désignée, prenaient la

(1) Pour tenir avec méthode cette espèce de grand livre, véritables archives du patrimoine, destinées à être conservées, on prenait note des diverses opérations de la journée, sur une sorte de journal ou cahier brouillard, appelé *adversaria*, qui était dépouillé tous les mois. Cicéron (*pro Roscio*, 3, § 2) caractérise ainsi la différence qui existait entre les *adversaria* et les *tabulæ* : *Quid est, quod negligenter scribamus* ADVERSARIA ? *Quid est, quod diligenter conficiamus* TABULAS ?... *quia hæc sunt menstrua, illæ sunt æternæ ; hæc delentur statim, illæ servantur sanctæ ; hæc parvi temporis memoriam, illæ perpetuæ existimationis fidem et religionem amplectuntur ; hæc sunt dejecta, illæ in codicem confectæ.* Aussi tandis que les *adversaria* n'étaient d'aucune utilité en justice, les *tabulæ*, au contraire, formaient un des éléments de preuve les plus respectés : *itaque adversaria in judicium protulit nemo ; codicem protulit, tabulas recitavit.* Cicéron, *ibid.* — Suivant Denys d'Halicarnasse (liv. 4), les censeurs étaient chargés de recevoir, tous les cinq ans, le serment des citoyens sur la fidélité de leurs registres, *de fide tabularum*.

dénomination générale de *nomina* (1). Mais il y avait parmi ces inscriptions une distinction importante à faire.—Les unes, et c'était le plus grand nombre, étaient destinées, non pas à créer, mais simplement à prouver une obligation. Ainsi, on inscrivait, au nom, au compte d'un individu, qu'on lui avait prêté ou remis en dépôt telle somme ; cette énonciation n'engendrait par elle-même aucune obligation ; elle servait seulement à prouver qu'il y avait eu un *mutuum* ou un dépôt. Ces inscriptions prenaient la dénomination de *nomina arcaria* (2).—D'autres, au contraire, faites en termes consacrés, formaient par elles-mêmes une obligation, un contrat littéral : on les appelait *nomina transcriptitia ;* elles constituaient ce qu'on nommait l'*expensilation*.

Cette espèce de contrat paraît avoir été une dérivation du *nexum*, c'est-à-dire du contrat formé *per æs et libram* (voy. p. 413). Sans avoir recours à l'emploi réel de la balance et de l'airain, on tint la solennité du pesage pour accomplie, et lorsqu'en vertu d'un accord exprès et écrit l'une des parties avait inscrit sur son registre que telle somme était portée au compte de l'autre comme pesée et donnée (*expensum ferre*, *pecunia expensa lata*, *expensi latio*), cette inscription produisait une obligation littérale, comme la stipulation en eût produit une véritable, si elle eût été employée (3).

L'expensilation ne s'appliquait qu'à des quantités certaines, à des sommes d'argent *(pecunia certa)*. Elle donnait naissance à la *condictio certi*.

(1) De là vient qu'on a appelé *nomina* les créances elles-mêmes. Voy. p. 410.

(2) Créances venant de la caisse (*arca*) ; le mot indique que c'est par la tradition des espèces que l'obligation était engendrée, et non par l'inscription sur le registre. Voilà pourquoi les *nomina arcaria*, simples témoignages d'un contrat réel, étaient à l'usage même des *peregrini* (*Gaius*, 3, 131).

(2) De même que le créancier portait, sur son registre, la somme comme pesée et livrée à son débiteur (*expensum ferre*), de même celui-ci la portait sur le sien, comme pesée et reçue (*acceptum referre*, *pecunia accepta relata*). Il ne paraît pas toutefois que la conformité des deux registres fût une condition nécessaire de l'existence du contrat littéral. Mais nous pensons avec M. Domengeat, *Traité élém. des actions*, p. 83 et suiv., que le consentement de celui qui s'obligeait *litteris* devait, comme le mot semble l'indiquer, être donné par écrit. Théophile le dit expressément, et en rapprochant sa paraphrase des textes de Gaius, nous croyons comprendre qu'on procédait ainsi : Il y avait d'abord échange d'écrits entre les parties comme il y avait

Gaius (3,128) nous apprend qu'elle avait lieu de deux manières, c'est-à-dire qu'on portait comme *expensum*, au compte du débiteur, tantôt ce qu'il devait déjà à un autre titre, par exemple à titre de vente, de *mutuum* ou de louage *(a re in personam)*, tantôt ce que devait une autre personne, par laquelle le nouveau débiteur était délégué *(a persona in personam)*. Ce qui indique qu'on se servait le plus souvent de l'expensilation ou *transcriptio nominis*, pour opérer une novation, en substituant tantôt un genre d'obligation à un autre (1), tantôt un débiteur à un autre (voy. ci-après, tit. XXIX).

D. Le contrat littéral que vous venez d'indiquer n'était-il pas propre aux citoyens romains ?

R. Oui, l'expensilation, ou *transcriptio nominis*, était de droit civil et propre aux citoyens romains (2). Mais, à côté

échange de paroles dans la stipulation ; celui qui voulait se porter créancier écrivait à l'autre, par exemple : les cent solides que tu me dois pour cause de location, je te les porte pour pesés, *centum solidos quos mihi ex causa locationis debes, expensos tibi tuli* / L'autre partie écrivait en réponse : Je consens à ce que tu me portes ces cent solides pour pesés, *expensos mihi tulisti*. Puis il y avait *transcription* de l'opération sur le *codex* du créancier. — Ceci nous donnerait la raison de la différence que Gaius signale, 3, § 138, entre l'expensilation et la stipulation, et qui consiste en ce que la première pouvait se former entre absents, tandis que la seconde exigeait nécessairement la présence des deux parties. On comprend en effet que, si l'échange des paroles consacrées ne pouvait s'effectuer qu'entre présents, rien n'empêchait de transmettre l'écrit fait en la forme voulue à une personne éloignée.

(1) Le *mutuum* n'obligeait à rendre que la somme prêtée, ni plus ni moins : pour que des intérêts pussent être exigés, on transformait le contrat réel en un contrat littéral dans lequel on pouvait étendre l'obligation au delà de la somme prêtée à des intérêts. Cette transformation avait un autre but ; le créancier qui agissait en vertu d'un contrat littéral n'avait à prouver qu'une chose, l'accomplissement des formalités de la *transcriptio nominis*, tandis que celui qui actionnait en vertu d'un *mutuum* devait prouver le fait de la numération des espèces. Du reste, quoique les textes paraissent présenter le contrat de *litteris* comme un moyen de novation, il est facile de le concevoir comme contrat créant une obligation primitive de même que la stipulation.

(2) Du moins primitivement. Les Proculéiens avaient maintenu sévèrement ce principe. Toutefois, les Sabiniens pensaient que la *transcription nominis* pouvait obliger un *peregrinus*, quand elle avait lieu *a re in personam* (Gaius, 3, 133).

de l'institution civile, vient bientôt se placer l'institution du droit des gens. Les provinciaux (*peregrini*) s'engageaient par des espèces de reconnaissances appelées *syngrapha* et *chirographa* (1), dans lesquelles le débiteur, sans énoncer la cause réelle de l'obligation, déclarait simplement qu'il devait *(debere se)* ou qu'il payerait telle somme *(daturum scribebat*, Gaius, 3, § 154*)*. Ces écrits, qu'il ne fallait pas confondre avec de simples moyens de preuve (2), constituaient véritablement un contrat littéral et donnaient naissance à la *condictio certi*.

D. Celui qui s'était lié par un contrat littéral, en vue d'une numération d'espèces qui n'avait point été effectuée, n'avait-il pas obtenu un moyen équitable d'échapper à son engagement ?

R. Oui ; il arrivait souvent que la *transcriptio nominis* ou le *chirographum* était écrit avant que la somme à raison de laquelle le débiteur s'était engagé lui fût comptée. Dans un temps où la sévérité des mœurs primitives s'était relâchée, les usuriers abusaient de cet usage pour se dispenser de compter ou pour ne compter qu'en partie les sommes qu'ils avaient promises, en sorte que le débiteur, lié, sans cause réelle ou suffisante, par la force de l'écrit obligatoire, était exposé à payer des sommes qu'il n'avait pas reçues. Pour remédier aux abus qu'entraînaient ainsi les règles du droit strict, les préteurs imaginèrent une exception, appelée *non numeratæ pecuniæ*, dont l'effet était de mettre le demandeur dans la nécessité de prouver que la valeur de l'obligation avait été fournie (3). Mais cette exception n'était que tem-

(1) *Chirographa* signifie écrits émanés d'une seule partie, du débiteur, et *syngrapha*, synonyme de *cum scripta*, écrits émanés des deux parties et faits doubles.

(2) Les écrits destinés simplement à servir de preuves s'appelaient généralement *cautio*, *cautiones*, mot qui, dans son acception la plus étendue, s'applique à toute espèce de sûreté donnée au créancier (voy. p. 172), mais qui, dans un sens particulier, désignait une preuve écrite, un écrit probatoire, et se trouvait synonyme d'*instrumentum*.

(3) En général, c'est au défendeur qui propose une exception à faire la preuve du fait sur lequel elle est fondée *(reus excipiendo actor est.* L. 1, D. 44, 1). C'est donc par dérogation aux principes ordinaires que l'exception *non numeratæ pecuniæ* mettait la preuve de la numération des espèces à la charge du demandeur. — L'exception *non numeratæ pecuniæ* n'était pas, au reste, uniquement relative à l'obligation littérale qu'on soutenait avoir été souscrite sans cause

poraire. Après un délai, qui avait été porté de un à cinq ans par Marc-Aurèle, l'obligation littérale reprenait toute sa force, et le créancier n'avait plus à prouver qu'il avait compté la somme pour laquelle le *chirographum* avait été souscrit (1).

D. Quel était l'état du contrat littéral, du temps de Justinien ?

R. A cette époque, l'expensilation, les *nomina transcriptitia* étaient complètement tombés en désuétude. Mais le *chirographum* s'était maintenu et était devenu général ; l'institution du droit des gens l'avait emporté sur celle du droit civil. Seulement, comme il n'est assujetti à aucune forme particulière, on le confond avec la *cautio*, entendue comme promesse écrite de payer une somme déterminée. Et Justinien reproduisant les expressions par lesquelles Gaius désignait le *chirographum*, nous dit que, si quelqu'un s'est reconnu, dans un écrit quelconque, débiteur *(debere scripserit)* d'une somme qui ne lui aurait pas été comptée *(quod sibi numeratum non est)*, il naît de cet écrit une obligation *(scriptura obligetur)* et une condiction qui n'est repoussée que temporairement par l'exception *non numeratæ pecuniæ* (2).

D. Justinien n'a-t-il pas réduit le temps pendant lequel on peut opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ* ?

R. Oui ; il a réduit ce temps de cinq à deux ans (3).

réelle ; elle pouvait être également invoquée par celui qui s'était engagé par la forme de la stipulation. On l'étendit même aux simples *cautiones* constatant un *mutuum* ; on admit celui qui, dans une reconnaissance écrite, avait déclaré avoir emprunté une somme, à opposer au porteur de la reconnaissance l'exception *non numeratæ pecuniæ* pour obliger celui-ci à prouver qu'il avait, en effet, compté la somme énoncée dans la *cautio*. L. 4, C. 4, 30.

(1) Pendant le délai légal, si le créancier agissait, on lui opposait l'exception *non numeratæ pecuniæ* ; s'il n'agissait pas, le débiteur pouvait protester dans un acte public contre sa reconnaissance écrite ou actionner lui-même le créancier pour lui faire restituer le *chirographum*. L. 7, C. 4, 30.

(2) Il y a donc même sous Justinien, un contrat littéral, puisque la reconnaissance écrite d'une dette produit une obligation indépendamment de toute numération et de toute stipulation (*cessante scilicet verborum obligatione*). C'est ce que M. Ducaurroy, qui l'avait contesté dans ses premières éditions, a reconnu dans les dernières.

(3) Au lieu de recourir à l'exception *non numeratæ pecuniæ*, le débiteur pourrait opposer, même après les deux ans, l'exception de

TITRE XXII.—*Des obligations consensuelles.*

D. Combien y a-t-il de contrats consensuels ?

R. Il y en a quatre : la vente, le louage, la société et le mandat.

D. Pourquoi ces contrats sont-ils appelés *consensuels* ?

R. Tous les contrats sont consensuels, en ce sens que dans tous, il faut le consentement des parties, quoique ordinairement ce consentement ne suffise pas pour les rendre parfaits (voy. p. 413). Les quatre contrats précités sont appelés *consensuels*, dans une acception propre et plus restreinte, en ce sens qu'ils se forment par le seul consentement des parties (*consensu*), et que la convention suffit à leur existence, sans qu'il y ait besoin de tradition, d'écrit ni de stipulation.— Aussi ces contrats peuvent se former, même entre absents, soit par lettre, soit par intermédiaire, tandis qu'une obligation verbale ne peut se contracter qu'entre présents (voy. p. 445).

D. Ne faut-il pas remarquer d'autres différences entre les contrats consensuels et l'obligation verbale ?

R. Oui, les contrats consensuels sont au nombre des contrats *bilatéraux* ou *synallagmatiques* (1) ; c'est-à-dire que, dans ces contrats, les deux parties s'obligent respectivement l'une envers l'autre ; tandis que la stipulation est, comme le *mutuum*, un contrat *unilatéral*, c'est-à-dire dans lequel un seul des contractants est obligé. Les quatre contrats consensuels, comme les autres contrats *bilatéraux*, sont des contrats de bonne foi (voy. p. 420), tandis que la stipulation et le *mutuum* sont des contrats de droit étroit.

D. La convention n'est-elle obligatoire par elle-même et indépendamment de toute tradition ou stipulation, que dans les quatre cas dont vous avez parlé ?

R. Ordinairement, il en est ainsi ; et, hors le cas de vente,

dol ; mais cette exception oblige le défendeur, suivant la règle ordinaire, à prouver le dol qu'il reproche au demandeur, tandis que, comme nous l'avons remarqué, l'exception *non numeratæ pecuniæ* met à la charge du demandeur la preuve de la numération.

(1) Les autres contrats bilatéraux sont le commodat, le dépôt et le gage (§ 28, *de action.*). Voy. p. 420.

de louage, de société et de mandat, la convention ne formait qu'un simple pacte, un *pacte nu*, c'est-à-dire incapable de produire aucune action, ni, par conséquent, aucune obligation. Mais, dans la suite, les préteurs attachèrent des actions à certains pactes, qui devinrent ainsi obligatoires, et qu'on appelle pour cela pactes *prétoriens ;* tels sont les pactes de constitut (voy. p. 451, note 1), de précaire (v. liv. IV, tit. xv). et d'*hypothèque* (v. p. 427).—Le droit civil accorda aussi la force obligatoire à certaines conventions, qu'on a nommées pactes *légitimes*, pour les distinguer de ceux qui ont continué à être dénués d'actions (voy. p. 416). C'est ainsi que les pactes de donation (voy. p. 240) et de constitution de dot (voy. p. 430) sont devenus obligatoires par le seul consentement des parties, en vertu de constitutions impériales. — Enfin, les conventions accessoires ajoutées aux contrats pour modifier leur nature et augmenter ou diminuer les obligations des parties (*pacta adjecta*), avaient obtenu, en certains cas, force obligatoire (1).

(1) La théorie des *pacta adjecta* présente des difficultés provenant de ce que la jurisprudence s'est efforcée de donner une efficacité de plus en plus étendue aux simples pactes. Voici ce que cette théorie offre de plus saillant : il faut distinguer entre les pactes adjoints immédiatement (*ex* ou *in continenti*) au contrat, c'est-à-dire faits au moment où le contrat s'est formé, et les pactes ajoutés après coup (*ex intervallo*). Les pactes joints immédiatement aux contrats de bonne foi ont été, de bonne heure, regardés comme faisant corps avec eux et comme devant participer à leur force obligatoire : la formule des actions de bonne foi comportant des pouvoirs assez étendus pour que le juge pût toujours rendre une décision conforme à l'équité, il avait été facile aux prudents de faire respecter le pacte joint *ex continenti* par l'action même du contrat. Si donc, en cas de vente, par exemple, on avait ajouté le pacte de réméré (*pactum de retro vendendo*) par lequel le vendeur se réserve le droit de racheter la chose dans un délai déterminé, ou bien les pactes appelés *in diem addictio* et *lex commissoria*, dont nous parlerons au titre de la vente, on pouvait faire valoir ces pactes par l'*actio venditi*, comme la vente elle-même. — Pour les pactes ajoutés, même *ex continenti*, aux contrats de droit strict, il avait été plus difficile de les rendre obligatoires, parce que l'action limitant les pouvoirs du juge à ce qui était le contrat, semblait ne pouvoir s'étendre à un pacte non compris dans le contrat. Cependant, la jurisprudence, qui tendait toujours à faire prévaloir l'équité, était arrivée à faire considérer comme compris dans le contrat, même de droit strict, par exemple, dans la stipulation, les pactes faits immédiatement (*pacta incontinenti facta stipulationi inesse creduntur*. L. 40, D. *de rebus cred.* 12, 1). Cela était admis surtout quand les pactes avaient pour objet de diminuer l'obligation. — Quant aux pactes ajoutés *ex intervallo*, ils ne font pas partie du

D. Les pactes restés dans la classe des *pactes nus* ne produisent-ils aucun effet ?

R. Ils ne sont pas obligatoires, en ce sens qu'ils ne produisent pas d'action ; mais lorsque du reste ils ne sont contraires ni aux lois, ni aux bonnes mœurs, le droit prétorien leur fait produire un double effet : 1o ce qui a été payé en exécution d'un simple pacte n'est pas sujet à répétition, le préteur refuse en ce cas la *condictio indebiti*, action donnée à celui qui a payé une chose qu'il ne devait pas ; 2o le pacte par lequel le créancier a renoncé à une obligation civile, donne naissance à une exception (*pacti conventi*) au moyen de laquelle le débiteur poursuivi au mépris du pacte échapperait à la condamnation (voy. liv. III, titre XIII, et le titre *des exceptions*).

TITRE XXIII.—*De la vente.*

D. Qu'est-ce que la vente ?

R. La vente est un contrat par lequel l'un des contractants s'oblige à livrer et à faire avoir une chose, et l'autre à la payer. Elle produit deux actions directes, l'une dite *venditi* ou *ex vendito*, attribuée au vendeur ; l'autre dite *empti* ou *ex empto*, donnée à l'acheteur.

D. Quand est-ce que ce contrat est parfait ?

R. Il est parfait dès que l'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas été livrée, ni le prix payé.

contrat, et ne donnent pas lieu à une action ; il en résulte qu'ils ne peuvent ordinairement servir à augmenter l'obligation. Mais, si le pacte adjoint *ex intervallo*, a pour objet de diminuer l'obligation, il produit une exception (voy. la question suivante) ; il diminue même l'obligation *ipso jure*, dans les contrats de bonne foi, parce qu'on n'a pas besoin, en général, de faire figurer les exceptions dans les formules de bonne foi (voy. liv. IV, tit. XI). Ajoutons que pour être obligatoires, les *pacta adjecta* devaient n'être point contraires à la nature du contrat. Ainsi la convention qu'on ne pourrait pas se retirer d'une société, ou que le dépositaire ne serait pas tenu de rendre le dépôt, quand il en serait requis, n'aurait aucun effet. Il en serait de même si le pacte adjoint constituait une convention toute différente du contrat principal. Ainsi, la promesse que j'aurais faite, sans stipulation, de payer telle somme si je n'exportais pas l'esclave qu'on me vendait, constituant un engagement étranger à la vente, restait un pacte nu et n'était pas obligatoire (L. 7, D. *de serv. ex.* p. 18, 7).

Cependant, depuis Justinien, lorsqu'on a traité avec l'intention de rédiger ensuite un acte de vente, le contrat n'est parfait que lorsque l'acte a été régulièrement dressé. Jusque-là, la vente n'existe point encore, chacun peut changer d'avis et se dédire impunément.

D. Quid juris lorsque des arrhes ont été données ?

R. Dans l'ancien droit, les arrhes n'étaient qu'un signe et un moyen de prouver un contrat formé (*nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractæ ; Gaius*, 3, § 139) ; et l'un des contractants ne pouvait pas, même en sacrifiant les arrhes ou leur valeur, revenir sur la vente qu'il avait consentie.

D'après une constitution de Justinien, les arrhes ont pris le caractère d'un dédit ; de sorte que chaque partie peut se rétracter, savoir : l'acheteur en perdant les arrhes, le vendeur en les rendant au double (1).

D. Peut-on, dans une vente, laisser le prix à l'arbitrage d'un tiers ?

R. Oui. Le prix doit être certain, en ce sens que la convention ne serait pas obligatoire si l'une des parties restait libre de déterminer arbitrairement ce qu'elle devra payer ou recevoir. Mais l'obligation n'existe pas moins lorsqu'on laisse le prix à l'arbitrage d'un tiers, seulement l'obligation est conditionnelle ; la vente sera parfaite si le tiers fait l'estimation ; elle sera nulle, s'il ne peut ou ne veut la faire. Tel était l'avis des Proculéiens, adopté par Justinien.

D. Suffit-il toujours que les deux parties contractantes se soient mises d'accord sur le prix, lors du contrat, pour que la vente soit valable ?

R. Il en était ainsi dans l'ancien droit ; la vente était

(1) Je suis l'explication de M. Ducaurroy, nº 1036. Vinnius et Pothier interprètent différemment la constitution de Justinien. En distinguant deux espèces d'arrhes, dont une servirait à indiquer une vente parfaite, tandis que l'autre serait une sorte de peine contre celui qui refuserait de conclure une vente encore imparfaite, c'est-à-dire une vente qui devant être écrite, ne l'aurait pas encore été, ces commentateurs ne permettent de se dégager, en perdant les arrhes ou leur valeur, que dans le second cas. Mais cette interprétation ne peut pas s'accommoder avec notre texte, où Justinien déclare que ce qu'il dit des arrhes s'applique à toutes les ventes indistinctement (*sive in scriptis, sive sine scriptis celebrata, pr.*).

valable alors même qu'on constatait plus tard qu'il y avait eu lésion, quelque grave que fût le préjudice. Mais des rescrits de Dioclétien et Maximien décidèrent que le vendeur d'un immeuble pourrait faire rescinder la vente lorsque le prix n'aurait pas atteint la moitié de la valeur réelle de l'immeuble. L'acheteur restait libre ou de payer un supplément de prix, ou de reprendre celui qu'il avait donné (L. 2 et 8, C. *de resc. vend.* 4, 44). La même faculté de demander la rescision n'était pas accordée à l'acheteur d'un immeuble trompé sur sa valeur (1).

D. En quoi le prix doit il consister ?

R. Le prix doit consister en argent monnayé. Lorsqu'on donne une chose pour une autre, il n'y a pas vente, mais échange.

D. Ce point n'a-t-il pas été controversé ?

R. Oui ; il a été l'objet de longues discussions entre les Sabiniens et les Proculéiens ; mais l'opinion des derniers a prévalu. Proculus faisait principalement valoir cette considération que lorsqu'une chose est donnée pour une autre, on ne sait pas quelle est celle qui forme le prix de l'autre, et, par suite, quel est l'acheteur ou quel est le vendeur. Il importe cependant de les distinguer, parce que leurs obligations ne sont pas les mêmes. L'acheteur doit rendre le vendeur propriétaire du prix ; mais le vendeur n'est pas précisément tenu de transférer la propriété de la chose vendue à l'acheteur : il doit la livrer lorsqu'il en reçoit le prix, et s'il est propriétaire, cette tradition en transporte la propriété à l'acheteur ; mais s'il n'est pas propriétaire, son obligation consiste seulement à faire avoir la chose à l'acheteur (2) (*ut* HABERE *liceat*. L. 30, § 1, ff. *de act. empt.* 19, 1), c'est-à-dire à la lui faire posséder sans trouble, et à le garantir de toute éviction (3).

(1) D'après M. Ortolan, la rescision pour cause de lésion s'appliquait aussi bien aux ventes de meubles qu'à celles d'immeubles. Cette doctrine nous paraît contraire aux textes.

(2) A en faire la *prestation*. Voy. note 2 de la page 411.—Si la vente avait entraîné l'obligation de transférer la propriété (*dare*), les fonds provinciaux n'auraient pas pu être, dans l'ancien droit, l'objet d'une vente. N'entraînant que l'obligation de faire posséder, elle était du droit des gens, et s'appliquait même *inter non cives* à toute espèce d'objets.

(3) Au contraire, dans l'échange, chaque partie doit transporter la

D. La propriété de la chose vendue par son véritable maître n'est donc point transportée à l'acheteur par l'effet seul de la vente ?

R. Non ; il faut encore que la chose ait été livrée et que l'acheteur en ait payé le prix, ou ait donné une satisfaction quelconque au vendeur (voy. p. 202, liv. II, tit. 1er). C'est la possession qui conduit à la propriété ; la vente permet seulement d'exiger qu'on nous mette en possession (1).

D. Aux périls de qui est la chose vendue ?

R. Elle est aux périls de l'acheteur du moment que la vente est parfaite, lors même que celui-ci, n'en ayant pas été mis en possession, n'en est pas encore propriétaire. C'est lui qui supporterait toutes les détériorations arrivées par cas fortuit, comme il profiterait des alluvions et autres accroissements semblables. Si la chose vient à périr, elle périt pour lui ; il est obligé d'acquitter le prix, quoiqu'il n'ait pas reçu la chose (2).

D. Ce que vous venez de dire s'applique-t-il exclusivement au cas où la chose périt par cas fortuit ?

R. Oui, car le vendeur est tenu de veiller à la conserva-

propriété à l'autre. L'échange diffère d'ailleurs de la vente en beaucoup de points ; il n'est qu'un pacte nu tant que l'une des parties n'a pas exécuté de sa part la convention ; alors seulement l'échange devient un contrat innommé. Et remarquez que celui qui a livré sa chose ne peut pas demander que l'autre livre celle qu'il a promise ; il peut seulement répéter celle qu'il a donnée par la *condiction*, ou demander des dommages-intérêts par l'action *præscriptis verbis*.

(1) Il en résulte que si la chose est vendue à un second acheteur, et qu'elle lui soit livrée, c'est ce dernier qui en devient propriétaire. Mais le vendeur qui se sera mis ainsi dans l'impossibilité de délivrer la chose au premier acheteur sera condamné envers lui à des dommages-intérêts.

(2) En effet, la perte de la chose vendue détruit l'obligation de livrer cette chose, parce qu'elle la rend impossible à exécuter : mais elle n'influe en rien sur l'obligation de payer le prix ; cette obligation ne reste pas sans objet, car le prix ne peut pas périr, puisqu'il ne consiste pas dans un corps certain, mais dans une valeur numérique. Ainsi, comme l'observe Pothier, *vente* no 408, la règle *res perit domino* n'est pas exacte, lorsqu'on oppose le propriétaire débiteur de la chose au créancier qui a une action pour se la faire livrer ; en ce cas, la chose périt pour le créancier, plutôt que pour le propriétaire qui est libéré (voy. liv. III, tit. XIV).

tion de la chose et d'apporter à cet égard tous les soins d'un bon père de famille. Il répondrait donc de la perte ou des détériorations arrivées par sa faute ; il répondrait même de celles arrivées par cas fortuit, s'il avait pris sur lui les risques *(si custodiam susceperit)*, ou s'il avait mis en demeure de faire la livraison. Du reste, et dans le cas même où il serait exempt de toute responsabilité, le vendeur qui demeure propriétaire jusqu'à la tradition doit céder à l'acheteur toutes les actions qu'il pourrait avoir sur la chose ou par rapport à la chose, telles que la revendication, la condiction furtive, les actions *furti* et *damni injuriæ* qui compétaient, la première contre le voleur, la seconde contre les auteurs de certains dommages (voy. liv. IV, tit. I et IV).

D. La vente peut-elle être faite conditionnellement ?

R. Oui ; par exemple, on peut convenir qu'il n'y aura vente qu'autant que la chose conviendra à l'acheteur dans un délai déterminé (1). La vente n'est parfaite, et la chose n'est aux risques de l'acheteur qu'après l'événement de la condition.

D. N'ajoute-t-on pas assez ordinairement à la vente certains pactes ?

R. Oui (voy. p. 217 et 461) ; tels sont les pactes appelés *in diem addictio*, *lex commissoria*, etc. L'*in diem addictio* est une convention par laquelle le vendeur se réserve la faculté de résoudre la vente si, dans un délai déterminé, il trouve l'occasion d'un marché plus avantageux pour lui. Par la *lex commissoria*, on convient que le vendeur pourra faire considérer la vente comme non avenue, si le prix n'est pas payé à telle époque (2). Dans ces deux cas, la vente est pure et simple ; c'est sa résolution qui est conditionnelle.

D. Quelles sont les choses qui peuvent être l'objet d'une vente ?

R. Toute chose qui est dans le commerce, qu'elle appar-

(1) *Intra certum diem*, § 4. Il faut que ce temps soit limité ; autrement l'exécution de la convention dépendant absolument de la volonté de l'acheteur, il n'y aurait point de lien, point d'obligation.

(2) Sans cette convention, le vendeur ne pourrait jamais refuser de livrer la chose à l'acheteur, qui, dans un temps quelconque, offrirait son prix (L. 8, C. *de cont. emp.* 18, 1).

tienne ou non au vendeur (1), peut être l'objet d'une vente. On peut vendre une chose à venir et même une espérance, comme un coup de filet.

D. La vente d'une chose hors du commerce, par exemple d'un homme libre, d'un lieu sacré, est-elle toujours nulle ?

R. Elle n'est entièrement nulle que lorsque l'acheteur savait que la chose était hors du commerce (L. 70, ff. *de evic.*, 21, 2). Dans le cas contraire, la vente est valable, en ce sens que l'acheteur a contre le vendeur l'action *ex empto*, non pour se faire délivrer la chose, mais pour obtenir une indemnité équivalente à l'intérêt qu'il aurait à avoir la chose.

D. Quel serait l'effet de la vente d'une chose qui n'aurait jamais existé, ou qui n'existerait plus au moment du contrat ?

R. La vente, n'ayant pas d'objet, serait nulle et n'engendrerait aucune action.

TITRE XXIV.—*Du louage.*

D. Qu'est-ce qu'un louage ?

R. Le louage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire user ou jouir l'autre d'une chose pendant un temps convenu, ou à faire pour elle quelque chose, moyennant une rétribution (*merces*) déterminée.

On appelle *locator* (bailleur, locateur) celui qui s'oblige à fournir la chose ou son industrie (2) ; *conductor* (preneur, locataire) celui qui s'engage à payer la rétribution (3).

Ce contrat produit, comme la vente, deux actions directes, l'action *locati* ou *ex locato*, qu'on donne au *locator* et l'action *conducti* ou *ex conducto*, qui appartient au *conductor*.

D. Quand est-ce que le contrat de louage est parfait ?

(1) La vente de la chose d'autrui est valable entre les contractants. D'où il suit que l'acheteur qui serait évincé pourrait se faire indemniser par le vendeur. Mais cette vente n'exclut pas le droit du véritable propriétaire, qui peut revendiquer la chose sur l'acheteur tant qu'elle n'a pas été usucapée.

(2) Cependant l'entrepreneur qui se charge d'exécuter une opération quelconque, *v. g.*, de construire un bâtiment, se nomme *conductor* ; celui qui l'en charge est le *locator* (L. 11, § 3 ; I. 13, § 1, 2 et 4, ff. *loc. cond.* 19,2.).

(3) Lorsqu'il s'agit d'un fonds de terre, le fermier se nomme *colonus*.

R. Il est comme la vente, parfait par le seul consentement des parties, aussitôt qu'elles ont déterminé la somme que l'une d'elles devra payer à l'autre (1). Comme dans la vente, cette somme doit être fixée, soit par les contractants eux-mêmes, soit par un arbitre désigné (2).

D. N'y a-t-il donc pas de louage, lorsqu'on remet un habit à un tailleur pour le raccommoder, moyennant un salaire qu'on n'a point déterminé et dont on doit convenir plus tard ?

R. Non ; après une longue controverse, on a décidé qu'il n'y a point, à vrai dire, un louage. Il n'y a pas non plus un *mandat*, car le mandat est gratuit, et ici l'ouvrier n'a pas entendu travailler gratuitement. Il n'y a qu'un contrat *innommé*, pour l'exécution duquel on donne, non pas l'action *locati*, ni l'action *mandati*, mais l'action *præscriptis verbis* (voy. p. 417).

D. Verrait-on un louage dans la convention par laquelle deux personnes s'accorderaient pour que chacune d'elles dût respectivement jouir ou user d'une chose appartenant à l'autre : par exemple, dans la convention par laquelle deux voisins consentiraient à se prêter mutuellement leurs bœufs pour labourer leurs champs ?

R. Non ; une telle convention ne serait point un vrai louage, car la rétribution du louage doit, comme le prix de vente, consister en une somme d'argent. On ne pourrait non plus voir dans une pareille convention un commodat ; car le commodat est gratuit, et ici chaque voisin n'use pas gratuitement des bœufs de l'autre, puisqu'il est obligé de prêter les siens. Cette convention ne produira donc ni l'action *locati*, ni l'action *commodati* ; mais celui qui aura ainsi prêté sa chose aura l'action *præscriptis verbis* pour se faire indemniser du tort que l'inexécution de la convention lui ferait éprouver (voy. p. 416).

D. L'analogie qui existe entre la vente et le louage n'est-elle pas telle que, dans plusieurs cas, on a pu douter s'il y avait vente ou louage ?

R. Oui. Tel est le cas où on reçoit un terrain pour en

(1) A moins qu'on ne soit convenu de rédiger la convention par écrit (voy. le tit. précédent).

(2) On peut appliquer au *merces* du louage tout ce que nous avons dit du *pretium* de la vente.

jouir à perpétuité, moyennant une somme qui doit être payée annuellement au propriétaire, en sorte que tant que le payement de la redevance ne sera pas interrompu, on ne pourra retirer les fonds ni au preneur, ni à ses héritiers, ni à ceux auxquels le preneur ou ses créanciers auraient transmis leurs droits d'une manière quelconque. Pour faire cesser les doutes qui s'étaient élevés sur la nature de ce contrat, Zénon en forma, sous le nom d'*emphytéose* (1), un contrat distinct de la vente et du louage, et dont la nature serait déterminée par la convention des parties, conformément aux clauses arrêtées entre elles. A défaut de convention sur les cas fortuits, Zénon voulut que la destruction totale fût à la charge du propriétaire, et qu'au contraire l'emphytéote supportât la perte partielle (2).

D. N'y a-t-il pas eu controverse sur la question de savoir s'il y a vente ou louage, dans le cas où Titius est convenu avec un orfèvre que ce dernier lui fera des anneaux d'un poids et d'une forme déterminés, fournira l'or nécessaire et recevra, par exemple, deux cents deniers ?

R. Oui. Le jurisconsulte Cassius était d'avis qu'il y avait vente relativement à la matière, et louage relativement à la main-d'œuvre. Cependant l'opinion qui a prévalu est qu'il n'y a qu'une vente. Mais si Titius avait fourni la matière et fixé un salaire pour la main-d'œuvre, le contrat serait un louage : on n'en a jamais douté.

D. Quelle est l'étendue des obligations du bailleur et du preneur ?

(1) Le nom d'emphytéose vient de ἐμφυτεύω, qui signifie *ensemencer*, parce qu'ordinairement le preneur obtenait à ce titre des terres incultes destinées à être défrichées. C'est ainsi que la République ou les villes municipales donnaient aux citoyens des terres domaniales. Voy. p. 60.—Remarquez que l'emphytéote, lorsqu'il est mis en possession du fonds, acquiert une sorte de servitude inhérente à ce fonds, nommée *jus emphyteuticum*, qui lui assure, en quelque manière et sauf le payement de la redevance, tous les avantages de la propriété. Il a, pour réclamer la chose contre tout possesseur, une revendication *utile*.

(2) Ainsi, dans le premier cas, l'emphytéote cesse de payer la redevance ; en cela il diffère de l'acheteur, qui doit payer son prix, malgré la perte totale de la chose. Dans le second cas, l'emphytéote, malgré les pertes qu'il éprouve, doit payer la redevance qui est due tant que le sol subsiste : en cela il diffère du colon, qui, lorsque la récolte lui est enlevée par stérilité ou tout autre événement semblable, est déchargé de son fermage (L 15, § 2, ff. *loc. cond.*, 19, 2).

R. L'étendue des obligations respectives du bailleur et du preneur est déterminée par les clauses accessoires du contrat, à défaut de conventions expresses, par l'équité (*ex æquo et bono*, § 5), comme dans tous les contrats consensuels (voy. p. 460).

Le bailleur est obligé de délivrer la chose louée et de la maintenir telle que le preneur puisse s'en servir pendant toute la durée du bail. Si, par suite de cas fortuit, il est dans l'impossibilité de délivrer la chose ou de conserver le preneur en jouissance, le bail est résilié, ou il y a lieu à la remise du loyer. Le bailleur est tenu de tous les dommages que la chose peut occasionner au preneur s'ils proviennent de sa faute, même légère (1).

Le preneur est tenu de payer la somme convenue ; il doit jouir en bon père de famille, apporter la plus grande diligence à la conservation de la chose, et la restituer à la fin du bail. Il répond de la perte ou de la détérioration survenue par sa négligence ; dans tout autre cas, la chose est au risque du propriétaire.

D. Le louage finit-il à la mort du preneur ?

R. Non ; le louage continue d'exister pour les héritiers du preneur, comme pour lui, pendant tout le temps qui reste à courir (2), parce qu'en général les contrats obligent non-seulement les contractants, mais aussi leurs héritiers.

TITRE XXV.—*De la société.*

D. Qu'est-ce que la société ?

R. La société est un contrat (3), par lequel les parties

(1) L'impéritie d'un ouvrier qui, malgré le soin le plus attentif, aurait détérioré la chose, serait regardée comme une faute.

(2) Il en est autrement de l'usufruit (voy. p. 200 et 225), qui se distingue d'ailleurs du louage par des différences essentielles. L'usufruitier a le droit (*absolu*) de jouissance ; le locataire jouit sans avoir la jouissance, parce qu'on le fait jouir, et parce qu'on est tenu de le faire jouir (voy. p. 423). Il en résulte que, si le bailleur aliénait la chose louée, l'acquéreur pourrait, à moins de convention contraire, expulser le locataire, envers lequel il n'est pas personnellement obligé ; tandis que l'acquéreur de la nue propriété ne pourrait pas expulser l'usufruitier (L. 27, ff. *h. t.*).

(3) La société est un contrat, par conséquent, elle ne se forme jamais sans le consentement mutuel de toutes les parties. Lors donc

conviennent de mettre des biens ou leur industie en commun, pour partager les bénéfices ou les pertes qui en résulteront.

D. Combien y a-t-il d'espèces de société ?

R. Le texte reconnaît d'abord deux espèces de société : l'une dite *alicujus negociationis*, a pour objet un genre particulier d'affaires, comme le commerce des esclaves, du vin, et ne comprend que les bénéfices ou les pertes qui résultent exclusivement de ce commerce ; l'autre, dite *totorum bonorum*, comprend tous les biens présents et à venir des associés. On distingue encore la société *unius* ou *alicujus rei* (§ 6), qui se restreint à un ou plusieurs objets spécialement déterminés, et la société d'acquêts (*universorum quæ ex quæstu veniunt*), qui comprend tout ce que les associés acquièrent par leur industrie ou leur économie, à l'exclusion des hérédités, des legs et des donations ; c'est cette dernière société que les parties sont censées avoir contractée, lorsqu'elles n'ont pas exprimé quelle espèce de société elles entendaient former (L. 7, ff. *pro soc.*, 17, 2).

D. Comment se détermine la part de chaque associé dans les bénéfices et dans les pertes ?

R. Si les associés sont convenus de la part que chacun d'eux aurait dans les bénéfices et dans les pertes, on doit se conformer à la convention (1). Si les parts ne sont fixées que sur le gain, sans qu'on ait parlé de la perte, ou réciproquement, la fixation établie pour l'un sert de base pour la répartition de l'autre (§ 3). A défaut de convention particulière, chacun des associés doit avoir une portion égale, c'est-à-dire virile, dans les bénéfices et dans les pertes (2).

que plusieurs personnes ont, sans qu'il y ait eu convention entre elles, une part indivise dans une chose commune, par exemple dans l'objet d'un legs, ou dans une hérédité qui leur a été laissée concurremment, il y a *communauté*, mais non société ; chacun des copropriétaires a l'action *communi dividundo* ou *familiæ erciscundæ*, mais non l'action *pro socio*.

(1) Nul doute, dit Justinien (§ 1), qu'on peut valablement convenir que l'un des associés aura les deux tiers dans les gains et dans les pertes. Il faut remarquer cependant qu'une telle convention n'est valable qu'autant qu'elle sert à proportionner le droit des associés à leur apport (L. 29, ff. *pro soc.*, 17, 2).

(2) On n'examine pas quelle quotité de biens chacun a apportée, parce que l'industrie du pauvre supplée ordinairement à l'insuffisance

D. Peut-on convenir que l'un des associés prendra une plus grande part dans le gain qu'il n'en supportera dans la perte ?

R. Il y a eu quelques doutes sur ce point. Quintius Mucius regardait une semblable convention comme contraire à la nature de la société. Mais Servius Sulpicius, dont l'opinion a prévalu, soutenait que, bien plus, un contrat de société doit avoir son effet lors même qu'il renferme la clause que l'un des associés prendra part aux bénéfices sans être tenu d'aucune perte, parce que l'industrie d'un associé peut être tellement précieuse que l'équité exige qu'il jouisse dans la société d'une condition beaucoup meilleure que les autres. Il est constant, en effet, que l'habileté, l'expérience d'une personne, procure souvent à ses associés des avantages qui peuvent même le dispenser de tout autre apport (*sæpe opera pro pecunia valet*).

Toutefois, les conventions dont il s'agit ne sont valables qu'autant qu'elles s'appliquent aux bénéfices et aux pertes résultant de l'ensemble des opérations faites par la société. Si les profits d'une affaire devaient se calculer sans compensation avec les pertes éprouvées sur une affaire différente, l'un des associés pourrait avoir des bénéfices, tandis que l'autre éprouverait des pertes ; une pareille convention donnerait au contrat le caractère d'une société *léonine :* elle serait nulle.

D. Comment finit la société ?

R. La société finit :

1o *Par la volonté* qu'un seul ou plusieurs des associés expriment de n'être plus en société. Cependant, si la renonciation était intempestive ou faite de mauvaise foi, c'est-à-dire, dans la vue de s'attribuer exclusivement un gain qui aurait profité à la société ; si, par exemple, dans la société *totorum bonorum* l'un des associés renonçait pour profiter seul d'une hérédité qui lui est déférée, le renonçant devrait mettre en commun les bénéfices captés, mais il pourrait garder en propre le gain qu'il n'aurait pas capté. Quant à l'associé envers qui on aurait renoncé frauduleusement, les bénéfices

de son patrimoine (L. 5, § 1, ff. *pro soc.*, 17, 2). Il ne s'agit donc pas ici d'une égalité proportionnée à la mise de chacun, mais d'une égalité absolue (voy. *Gaius*, 3, § 150, L. 23, ff. *ad sc. Trebel.* ; M. *Ducaurroy*, no 1060).

qu'il aurait pu acquérir depuis la renonciation lui sont entièrement laissés (§ 4).

2o *Par la mort d'un des associés.* La mort de l'un des associés dissout le contrat, même à l'égard des autres, à moins de conventions contraires (§ 5), parce que celui qui avait consenti à former une société avec tous n'aurait peut-être pas voulu la former avec quelques-uns seulement. La société ne continue point avec l'héritier du prémourant (1) ; car ce contrat est toujours formé avec une personne déterminée, en considération des qualités de cette personne.

3o *Par la confiscation* générale des biens d'un associé, ou, ce qui revient au même, par la grande ou la moyenne diminution de tête dont elle est la suite (voy. p. 363).

4o *Par la cession* (§ 8), ou par la vente forcée des biens de l'un des associés (L. 65, § 1, ff. *pro soc.* 17, 2). (2).

5o *Par la conclusion de l'opération* (§ 6) pour laquelle la société a été contractée, ou par la perte de la chose qui en était l'objet spécial (L. 63, § ff. *eod.*).

6o *Par l'expiration du terme*, lorsque la durée de la société a été limitée (§ 6).

D. A quelle action donne naissance le contrat de société ?

R. Il donne naissance à l'action, *socii* ou *pro socio*, par laquelle chaque associé peut contraindre son associé à apporter à la société ce qu'il s'est obligé de lui fournir, à lui tenir compte des gains qu'il a faits pour elle, à contribuer aux dépenses nécessaires pour la conservation des choses qu'elle possède, enfin à réparer le dommage qu'il lui a causé par son dol ou par sa faute grave, c'est-à-dire en n'apportant pas dans les affaires de la société la même diligence que dans les siennes propres ; car on ne peut rien exiger de plus : celui

(1) On conviendrait inutilement que la société continuera entre les survivants et les héritiers du prémourant, sans doute parce qu'on n'a pas voulu que l'héritier se trouvât engagé, sans sa volonté, dans un contrat qui repose sur la confiance réciproque et la considération personnelle.—Observez que, si la société est dissoute pour l'avenir, l'héritier succède néanmoins aux bénéfices et aux pertes résultant des opérations antérieures à la dissolution.

(2) Si les parties s'accordaient à rester associées malgré la diminution de tête ou la cession de biens de l'une d'elles, ce serait une nouvelle société qui commencerait (*Gaius*, 3, § 153).

qui s'est associé un homme peu actif et négligent doit s'imputer à lui-même d'avoir fait un mauvais choix (1).

TITRE XXVI. — *Du mandat.*

D. Qu'est-ce que le mandat ?

R. Le mandat est un contrat par lequel on se charge gratuitement et par complaisance d'une commission honnête et licite.

(1) Le tort que l'on cause à autrui par dol, c'est-à-dire méchamment et de dessein prémédité, doit toujours être réparé *(a)*. Quand il n'y a pas eu dol, mais seulement négligence, la question de savoir si la responsabilité est encourue dépend du degré de soin, auquel on était tenu par la nature de l'obligation. A cet égard, pendant plusieurs siècles, l'opinion commune parmi les interprètes a été qu'il fallait distinguer trois espèces de diligence, et par suite trois degrés ou trois sortes de fautes. La première espèce de diligence dont le défaut constitue la faute *très légère*, est celle que l'homme le plus attentif apporte à ses affaires ; cette diligence est requise toutes les fois que l'obligation a été contractée dans le seul intérêt de la partie obligée, comme dans le commodat. La deuxième espèce de diligence est celle qui appartient au commun des hommes ; l'absence de cette diligence constitue la faute *légère*, dont est tenu le débiteur, lorsque l'obligation a été contractée dans l'intérêt réciproque des deux parties, comme dans les contrats de vente, de louage, de société. Enfin, la troisième espèce de diligence est celle que les personnes les moins soigneuses apportent à leurs propres affaires : l'omission de cette dernière espèce de diligence produit la faute *lourde* ou *grave* dont répondent ceux qui sont obligés gratuitement, comme le dépositaire.

Mais le système des trois fautes et son application symétrique ont été combattus successivement par des jurisconsultes distingués, et surtout, de nos jours, par un célèbre professeur allemand, M. Hasse (*Die culpa de rœm. rechts*, Kiel, 1815) et par M. Ducaurroy, n° 1067 et suivants. Leur théorie paraît généralement prévaloir ; elle nous semble plus en harmonie avec les textes. En effet, le système des trois fautes confond la société avec la vente, le louage et les autres contrats où chacune des parties trouve un avantage respectif, et cependant les textes disent le contraire ; ils déclarent, par exemple, que les soins habituels du vendeur pour ses propres affaires ne suffisent pas pour la chose vendue (voy. L. 3, ff. *de peric.* 18, 6), tandis que ceux de l'associé suffisent aux affaires sociales.

Voici l'exposé succinct de la doctrine que nous adoptons : — Il n'y a que deux sortes de fautes : la faute *légère* (*culpa levis*), ou la faute considérée *in abstracto*, c'est-à-dire indépendamment des qualités,

(a) A défaut d'une action spéciale, on aura toujours contre celui qui a commis un dommage par dol, l'action prétorienne *de dolo malo* (voy. p. 414, note 2).

D. Pourquoi dites-vous *gratuitement ?*

R. Parce que le mandat est essentiellement gratuit (1) ; la convention d'un salaire déterminé donnerait au contrat le caractère de louage *(nam, mercede constituta, incipit locatio et conductio esse,* § 13) ; si le salaire était indéterminé, ce serait un contrat innommé.

des habitudes individuelles, qui consiste à ne pas avoir un soin égal à celui que le père de famille le plus diligent apporte dans ses affaires ; et la faute *grave* (*lata* ou *latior culpa*), faute relative ou considérée *in concreto,* qui consiste dans l'omission du soin que l'on a coutume d'apporter à ses propres affaires.

Quant aux règles qui peuvent servir à distinguer quelles sont les obligations qui nous astreignent à répondre de la faute légère, quelles sont celles qui nous astreignent à répondre de la faute grave ou seulement du dol, en voici le résumé.

Lorsqu'on s'est obligé gratuitement, comme dans le dépôt, on n'est tenu que du dol *(a)*, à moins qu'on ne se soit offert à l'obligation (voy. p. 426). Lorsqu'on s'est obligé par un avantage quelconque, il est utile de distinguer si cet avantage est exclusif, comme dans le commodat, ou s'il est mutuel, comme dans le gage et la société. Dans le premier cas, le débiteur répond toujours de la faute légère ; dans le second cas, il répond aussi, le plus souvent, de la même faute, mais quelquefois il ne répond que de la faute grave : c'est ce qui arrive dans la société, c'est ce qui arrive encore dans la *communauté* (voy. le titre XXVII ci-après). On abuserait de la distinction précédente, si l'on en concluait que les obligations formées dans l'intérêt des deux parties imposent toutes la même responsabilité, et toutes une responsabilité moins étendue que les obligations formées dans l'intérêt exclusif de l'obligé. Il n'y a pas de théorie absolue sur ce point.

(1) Cependant le mandat ne serait point altéré, si le mandataire recevait quelque chose à titre d'honoraires ; par exemple, un avocat peut recevoir une récompense rémunératoire de celui à qui il a prêté son ministère, sans que son action perde le caractère d'un bon office (L. 1, § 29 ff. *de extraord. cogn.* 50, 13). Toutefois, celui qui réclame des honoraires n'obtient ni l'action *mandati,* ni toute autre action : c'est un des cas où le préteur statue *extra ordinem,* sans donner ni juge ni action (voy. le tit. *des actions ; M. Ducaurroy,* nº 1076).

(a) Au moins en principe ; car l'opinion a prévalu, parmi les prudents, que la faute grave devait être assimilée au dol, parce qu'il y a manque de bonne foi dans la négligence même, lorsqu'on donne à la chose d'autrui moins de soin qu'à la sienne (L. 32, ff. *depositi,* 16, 3 ; 1, 8. § 5, ff. *de precar,* 43, 26). Aussi la distinction que notre texte établit entre le dépositaire et l'associé a-t-elle subsisté en principe sans aucune différence dans les résultats, puisque la négligence qu'on pourrait imputer à l'associé comme une faute, s'est trouvée imputable au dépositaire comme une sorte de dol.

D. Pourquoi dites-vous par *complaisance* ?

R. Parce qu'il n'y a mandat qu'autant que la commission se donne à une personne qui est libre de la refuser ; autrement ce serait un commandement, un *jussus*.

D. Pourquoi dites-vous *une commission honnête et licite* ?

R. Parce que le mandat, comme tout autre contrat, n'est pas obligatoire lorsqu'il est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, par exemple, lorsque je vous charge de voler ou d'injurier Titius. Si vous remplissiez une telle mission, vous n'auriez aucune action contre moi, lors même que vous auriez encouru des condamnations pénales à raison du délit dont je vous avais chargé (§ 7).

D. Quelles sont les actions qui résultent du mandat ?

R. Il en résulte deux actions dites *mandati*, l'une directe, l'autre contraire. L'action directe appartient au mandant pour se faire indemniser du dommage que lui cause l'inexécution ou la mauvaise exécution du mandat (1), pour contraindre le mandataire à remettre tout ce qu'il a reçu ou acquis par suite de ce mandat, et à céder les actions qu'il peut avoir contre les tiers, par exemple, contre ceux auxquels il aurait été chargé de prêter. L'action contraire se donne au mandataire pour obliger le mandant à lui tenir compte des frais, des dépenses et des pertes qu'il a faits à l'occasion et pour l'exécution du mandat, et à le garantir contre les actions des créanciers envers lesquels il serait obligé toujours par suite du mandat.

D. De combien de manières le mandat peut-il se contracter ?

R. Le mandat peut se contracter de cinq manières : 1o dans le seul intérêt du mandant ; 2o dans l'intérêt réciproque du mandant et du mandataire ; 3o dans l'intérêt d'un tiers ; 4o dans l'intérêt du mandant et d'un tiers ; 5o dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers. Quant au mandat donné dans le seul intérêt du mandataire, il est inutile *(pr.)*.

(1) Le mandataire répond ordinairement de la faute légère (L. 32, ff. *de reg. jur.* 17, 1 ; l. 13 C. *mandat.* 50, 17,) ; et cela, suivant quelques interprètes, parce qu'il est présumé s'offrir au mandat (voy. p. 475).—Les condamnations prononcées contre le mandataire entraînent l'infamie (voy. liv. IV, tit. XVI).

D. Citez des exemples d'un mandat contracté dans le seul intérêt du mandant.

R. Tels sont les mandats par lesquels une personne charge une autre de gérer ses affaires, d'acheter un fonds ou de répondre pour elle.

D. Donnez des exemples d'un mandat contracté dans l'intérêt réciproque du mandant et du mandataire.

R. Tel est le mandat par lequel je vous charge de prêter de l'argent à mon procureur : nous trouvons un avantage réciproque dans ce mandat, vous, en plaçant vos fonds à intérêt ; moi, en ce que ces fonds serviront à l'administration de mes affaires. Le mandat est également contracté dans un intérêt mutuel lorsque votre débiteur vous charge de stipuler à ses périls et risques (*ipsius periculo*) de son propre débiteur qu'il vous délègue ; car au moyen de l'engagement du délégué qui opère novation, le mandant est libéré de sa première obligation (voy. tit. XXIX ci-après), et s'il peut être poursuivi ensuite, ce ne peut être qu'en vertu du mandat et dans le cas où le délégué n'acquitterait pas son obligation. De votre côté, vous tirez du mandat cet avantage que vous pourrez agir successivement contre le délégué et contre votre mandant. Il en est de même du mandat par lequel un fidéjusseur que vous étiez sur le point d'actionner, vous charge de poursuivre le débiteur principal aux risques et périls de lui mandant.

D. Dans ce dernier exemple je vois bien l'intérêt que doit avoir le fidéjusseur à mander au créancier de poursuivre le débiteur principal : car il est évident qu'il se soustrait par là, du moins pour un temps, à la nécessité de payer pour autrui ; mais expliquez-moi comment le créancier trouve un avantage dans ce mandat ?

R. Pour apercevoir l'intérêt du créancier dans ce mandat, il faut se rapporter à l'ancien droit, suivant lequel le créancier avait bien le choix de poursuivre le fidéjusseur ou le débiteur principal, mais n'avait que ce choix ; l'action intentée contre l'un ne permettait pas de revenir contre l'autre. Alors, en recevant du fidéjusseur le mandat d'actionner, et en actionnant en conséquence le débiteur, le créancier perdait à la vérité l'action qui résultait de la fidéjussion ; mais il avait l'action *mandati* contre le fidéjusseur, si le débiteur ne remplissait pas entièrement son obligation : et de cette manière

il acquérait la faculté de poursuivre successivement deux personnes. Dans le dernier état du droit, un pareil mandat n'est plus usité, parce que Justinien a décidé que le créancier aurait le droit d'agir successivement contre le débiteur et contre la caution, et réciproquement (L. 28, C. *de fidej.* 46, 1) (1).

D. Quand est-ce qu'un mandat est contracté dans l'intérêt exclusif d'un tiers ?

R. Le mandat est contracté dans l'intérêt exclusif d'un tiers lorsque, par exemple, on mande à quelqu'un de gérer les affaires de Titius, d'acheter un fonds ou de répondre pour lui. Un pareil mandat ne produit pas d'obligation immédiate parce que le mandant, n'ayant aucun intérêt à son exécution, ne peut contraindre le mandataire à le remplir. Mais si le mandataire l'exécute, le mandant se trouve obligé de l'indemniser ; il arrive même que, pour avoir chargé une personne de gérer les affaires d'une autre, le mandant est responsable envers celle-ci de la gestion entreprise par ses ordres (voy. tit. suiv.) et se trouve par conséquent intéressé à l'exécution du mandat ; dès lors il y a lieu aux actions *mandati* directe et contraire.

D. Quand est-ce que le mandat est contracté dans l'intérêt du mandant et d'un tiers ?

R. Lors, par exemple, que quelqu'un vous charge de gérer des affaires communes à lui et à Titius.

D. Quand est-ce que le mandat est formé dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers ?

R. Lors, par exemple, qu'on vous mande de prêter avec intérêt à Titius (2) ; si on avait mandé de prêter sans intérêt, le mandat serait contracté pour l'avantage exclusif d'un tiers.

D. Quand est-ce qu'un mandat est donné dans le seul intérêt du mandataire ?

R. Cela arrive, par exemple, lorsque je vous mande d'employer votre argent à faire l'acquisition d'un immeuble, plutôt que de le placer à intérêt. Ce n'est point là précisé-

(1) Avant cette constitution, le créancier n'avait aussi que le choix entre les fidejusseurs (voy. p. 454) ; l'action intentée contre l'un libérait les autres.

(2) Il faut appliquer à un pareil mandat ce que nous avons dit du mandat donné dans l'intérêt exclusif d'un tiers.

ment un mandat, c'est plutôt un conseil qui, donné de bonne foi, ne m'engage à rien envers vous, quand même il ne vous aurait pas réussi. On a même élevé la question de savoir si la personne qui a mandé à Sempronius de prêter son argent à intérêt à Titius est tenu de l'action *mandati* ; mais l'affirmative a prévalu ; on a pensé qu'un tel mandat dépassait les bornes d'un conseil, et obligeait le mandant, parce que le mandataire n'aurait pas prêté son argent sans la garantie résultant du mandat.

D. Que doit faire le mandataire pour exécuter le mandat ?

R. Il doit se renfermer dans les limites du mandat ; car, s'il les excède, il fait une chose dont on ne l'a pas chargé, par conséquent, il n'exécute pas le mandat, et reste exposé à l'action directe *mandati*, sans avoir contre le mandant l'action contraire (*Gaius*, 3, § 161). Celui donc qui est chargé d'acheter un fonds cent sesterces, s'il l'achète pour cent cinquante, ne pourra pas agir contre le mandant pour se faire rembourser cette dernière somme. On a même douté qu'il pût agir pour cent sesterces. Les Sabiniens lui refusaient toute action : mais les Proculéiens lui accordaient l'action *mandati* jusqu'à concurrence de la somme fixée par le mandat, et leur opinion a prévalu comme moins rigoureuse (1). Si le mandataire avait acheté le fonds pour un prix inférieur à la somme fixée, il aurait action pour ce prix : car le mandat d'acheter pour cent renferme toujours celui d'acheter pour un prix inférieur, s'il est possible.

D. Comment finit le mandat ?

R. Le mandat finit : 1o par la révocation qui en est faite par le mandant, avant qu'il ait été exécuté (*res adhuc integra*).

2o par la mort du mandant ou du mandataire, arrivée aussi avant que l'exécution du contrat ait commencé (*integro mandato*). Si le mandat avait reçu un commencement d'exécution, il ne serait dissous que pour l'avenir : l'obligation, et, par conséquent, l'action *mandati*, subsisterait pour tout ce qui aurait été fait, soit avant la révocation, soit avant la mort de l'un des contractants. On a même décidé, par un motif d'utilité, et contre la rigueur du droit, que ce qui aurait été fait par le mandataire dans l'ignorance de la révocation ou de la mort du mandant serait valide (2).

(1) M. Demangeat a contredit cette doctrine (voy. tome II, p. 341).

(2) Le texte offre pour exemple le cas où mon débiteur, ignorant

3o Par la renonciation du mandataire, mais lors seulement qu'elle n'a pas été faite à contre-temps (*intempestive*). En effet, si le mandant n'était pas prévenu à temps pour faire par lui-même ou par autrui l'opération dont le mandataire était chargé, il éprouverait un préjudice ; l'obligation continuerait d'exister (*actio mandati locum habet*), à moins que le mandataire n'eût de justes excuses à faire valoir, comme une maladie ou l'insolvabilité survenue du mandant ; car le mandataire n'est pas obligé de sacrifier ses propres intérêts à ceux du mandant (voy. L. 61, ff. *de furt.* 47, 2) (1)

Titre XXVII. — *Des obligations qui naissent comme d'un contrat.*

D. Quelles sont les obligations qui naissent comme d'un contrat ?

R. Ce sont celles qui se forment sans convention, par suite de certains faits non répréhensibles, auxquels des dispositions particulières du droit ont donné la force de lier deux personnes, de même que s'il existait entre elles un contrat (2).

que j'avais affranchi l'esclave p éposé à mes recettes, a payé entre ses mains ; il est libéré, quoique l'affranchissement de cet esclave ait entraîné la révocation tacite du mandat que mes débiteurs étaient réputés avoir reçu de s'acquitter entre ses mains.

(1) Nous n'avons envisagé jusqu'ici que les contrats proprement dits. — Nous avons sommairement indiqué qu'outre ceux définis par la loi, il existait un certain nombre de contrats *innommés* qui donnaient lieu à l'action générale *præscriptis verbis* (voy. liv. III, tit. XIII) et qui variaient suivant la diversité des conventions faites par les parties. Outre les contrats proprement dits, définis, ou innommés, il y avait encore des conventions qui, dans l'origine, ne devaient produire aucun lien de droit, mais qui s'introduisirent peu à peu dans les usages et furent reconnues comme obligatoires. Ces conventions portèrent le nom de *pactes*. Isolés, les pactes n'étaient autres que des contrats innommés, mais s'ils étaient intervenus entre les parties pour modifier un contrat déjà formé entre elles (*pacta adjecta*), ils étaient considérés comme obligatoires aussi bien que le contrat auquel ils étaient joints, et leur exécution était poursuivie comme celle résultant du contrat, et par la même action que lui. Pour cela il était nécessaire qu'ils eussent été formés au même moment que le contrat (*in continenti*). S'ils avaient été faits plus tard (*ex intervallo*), ils ne produisaient d'effet que s'ils avaient pour but de diminuer les obligations du débiteur (L. 7 § 5, D. *de Pactis*, 2, 14).

(2) Les obligations naissent principalement des contrats et des délits, et suivant qu'elles naissent des uns ou des autres, elles produi-

Telles sont les obligations qui résultent de la gestion d'affaires, de la tutelle, de l'indivision d'un objet particulier ou d'une hérédité, de l'existence d'un legs, et de la réception d'une chose non due.

D. Quand y a-t-il gestion d'affaires ? Quelles sont les obligations et les actions qui en résultent ?

R. Il y a gestion d'affaires lorsqu'on s'immisce spontanément dans les affaires d'autrui, en administrant ou agissant pour d'autres à leur insu (1).

Par suite de la gestion d'affaires, et quoiqu'il ne soit intervenu entre eux aucun contrat, le gérant et le maître se trouvent obligés l'un envers l'autre ; ce qui a été admis par un motif d'utilité publique, afin que les affaires des incapables (voy. p. 171) ou des absents qu'un besoin imprévu a forcés de partir précipitamment, sans avoir eu le temps de choisir

sent des effets différents. Mais il y a des obligations qui ne se forment ni par un contrat, ni par un délit, et qui cependant imitent dans leurs effets les obligations dérivées soit de l'une, soit de l'autre source principale. C'est cette analogie qui a fait rapporter ou assimiler ces obligations tantôt à celles qui naissent d'un contrat, tantôt à celles qui naissent d'un délit. Lorsqu'il y a faute imputable à l'obligé, on dit qu'il est tenu *quasi ex delicto* (sous-entendu *tenetur*) ; dans le cas contraire, on dit qu'il est tenu *quasi ex contractu*. Lors donc qu'on dit qu'une obligation naît comme d'un contrat, ce n'est pas, ainsi que le prétendent la plupart des commentateurs, à raison de son origine et parce qu'on attribue à la partie obligée un consentement présumé, mais parce que cette obligation a les mêmes résultats que celle qui naît d'un contrat. En effet, par exemple, comment peut-on présumer que l'héritier qui se trouve obligé par l'existence d'un legs, a donné son consentement à son obligation, lorsqu'il est héritier *nécessaire* ! Ce n'est pas le fait qui donne lieu à l'obligation qui est assimilé à un contrat, c'est l'obligation elle-même, qui dans ses effets est assimilée à celle qui résulte d'un contrat. Et comme les commentateurs semblent enseigner le contraire quand ils disent qu'une obligation naît d'un *quasi-contrat*, autorisé de l'exemple de M. Ducaurroy (voy. nos 1086, 1087), nous avons rejeté cette locution vulgaire, qui n'est point conforme aux textes.

(1) *A leur insu.* Si le maître connaissait la gestion et ne s'y opposait pas, il y aurait *mandat* tacite (L. 60, *D. de reg. jur.* 50,17) ; si le maître connaissait la gestion et déclarait s'y opposer, le gérant n'aurait aucune action pour ce qu'il aurait fait nonobstant cette déclaration (L. 24, C. *de neg. gest.* 3,5). Le gérant n'aurait pas non plus d'action pour être remboursé des dépenses qu'il aurait faites *animo donandi ;* il n'a d'action que contre ceux auxquels il a voulu rendre service et par lesquels cependant il a entendu se faire indemniser.

un mandataire, ne soient point abandonnées. En effet, nul n'en prendrait soin si le remboursement de ses avances ne pouvait être exigé par aucune action.

Le gérant est tenu d'achever l'affaire commencée, d'apporter dans la gestion tous les soins, toute la prévoyance d'un bon père de famille (1), de rendre compte et de remettre tout ce dont sa recette excède sa dépense, avec les intérêts du reliquat dont il a dû faire emploi ; il y est tenu par l'action *negotiorum gestorum* directe. — De son côté, le maître dont l'affaire a été gérée est obligé, même à son insu (*etiam ignorantes*), de rembourser au gérant, non pas toutes ses dépenses, mais seulement celles qui présentaient une utilité réelle au moment où elles ont été faites (*utiliter gesserit*). A cet effet, on donne contre lui au gérant l'action *negotiorum gestorum* contraire.

D. Quelles sont les obligations et les actions qui résultent de la tutelle ?

R. Le tuteur doit rendre compte de tout ce qu'il a fait, et même de ce qu'il a omis ; il répond de sa faute même légère (2). Il est tenu par l'action *tutelæ* directe, qui s'intente contre lui lorsque la tutelle vient à finir, soit par la puberté du pupille, soit de toute autre manière (voy. p. 169). Respectivement, le tuteur a contre le pupille l'action *tutelæ* contraire, pour être indemnisé des dépenses qu'il a faites et des engagements qu'il a pris à l'occasion de la tutelle (3).

D. Le curateur n'a-t-il pas aussi une action pour se faire rembourser les dépenses faites dans sa gestion ?

(1) Il ne lui suffirait pas d'apporter aux affaires d'autrui le même soin qu'il met aux siennes, s'il n'est pas aussi diligent qu'un autre aurait pu l'être ; il répond par conséquent de la faute *légère* (voy. p. 474, note).

(2) Cependant il est des cas où, en raison de sa bonne foi, le tuteur n'est tenu que de la faute grave (L. 7, § 2, D. *de adm. et peric.* 26,7).

(3) Dans ce cas le pupille se trouve obligé sans l'autorisation du tuteur, qui ne peut pas la donner dans sa propre affaire. Il en est de même dans le cas d'une communauté de biens. Dans la gestion d'affaires, ou lorsque le pupille reçoit une chose qui ne lui était pas due, comme lorsqu'il reçoit un prêt sans autorisation, on ne peut agir contre lui que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve enrichi au moment de la *litis contestatio* (L. 37, ff. *de neg. gest.*, 3, 5) ; tandis qu'ici le pupille est obligé envers le tuteur pour la totalité des dépenses utilement et raisonnablement faites pour lui, quel que soit d'ailleurs l'événement.

R. La gestion du curateur ne produit pas d'action spéciale ; mais on lui donne l'action *negotiorum gestorum* utile (L. 3, § 5, ff. *de neg. gest.*, 3, 5, 1. I, § 3, ff. *de tutel. et rat.*, 27, 3) pour se faire indemniser, comme le tuteur, de toutes ses dépenses raisonnables.

D. Quelles sont les obligations et les actions qui résultent de l'indivision ou de le communauté d'un objet particulier ou d'une hérédité ?

R. Lorsqu'une chose appartient en commun à plusieurs individus, sans qu'il y ait eu de société entre eux (voy. p. 470), celui qui a recueilli les fruits de cette chose est tenu d'en rendre compte aux autres qui, de leur côté, sont tenus, chacun pour leur part, des dépenses qu'il a pu faire seul pour l'entretien de la chose commune. Ces obligations respectives donnent lieu entre copropriétaires d'un objet particulier, à l'action *communi dividundo* ; entre cohéritiers, à l'action *familiæ erciscundæ* (1).

D. De quelle faute est tenu le copropriétaire qui administre la chose commune ?

R. Il n'est tenu que de la faute grave, de la faute *in concreto* ; on ne lui demande que les soins qu'il donne ordinairement à ses propres affaires. Cette différence d'avec le *negotiorum gestor* vient de ce qu'il a pour administrer une chose qui lui appartient en partie un intérêt que n'a pas le simple gérant.

D. Quelles sont les obligations et actions qui résultent de l'existence d'un legs ?

R. L'héritier est obligé de payer le legs fait par le défunt ; il y est tenu par l'action *ex testamento* (*Gaius*, 2, § 213) (2).

(1) Ces actions ont encore pour but de partager la chose ou l'hérédité dite commune (voy. livre IV, tit. XVII).

(2) On dit communément que l'obligation de l'héritier envers les légataires résulte de l'adition d'hérédité : c'est encore une erreur que l'étude scrupuleuse des textes a rectifiée. En effet, il y a des institués qui sont héritiers nécessaires, c'est-à-dire malgré eux et *sans adition* (voy. p. 305) ; ce n'est donc pas dans l'adition que se trouve la cause de leur obligation envers le légataire. Nous pensons que cette cause, ainsi que celle de l'action donnée au légataire, est dans le testament (voy. dans la *Thémis*, t. VII, p. 534, un art. de M. *Holtius*). Remarquez que, dans le cas même du legs *per vindicationem*, l'héritier peut être tenu par l'action personnelle *ex testamento ;* on laisse au

Comme son obligation envers les légataires ne résulte ni d'une convention, ni d'un délit, et que cependant elle imite dans ses effets celle qui résulterait d'un contrat, on dit qu'elle se forme *quasi ex contractu* (1).

R. Quelle obligation et quelle action résultent de la réception d'une chose non due ?

R. Celui à qui il a été payé par erreur (2) une chose qui ne lui était pas due, est obligé à la restitution de ce qu'il a reçu ; il y est tenu par la condiction qui prend ici le nom de *condictio indebiti* (3).

D. Celui qui aurait payé une chose sachant bien qu'il ne la devait pas, aurait-il la condiction ?

légataire la faculté d'agir par cette action, ou par l'action réelle qui résulte de la propriété qui lui est acquise. On conçoit, en effet, que, de même que le déposant a non seulement l'action en revendication, mais encore l'action personnelle *depositi* qui résulte du contrat de dépôt, pareillement, le légataire peut avoir non seulement la revendication, mais une action personnelle pour demander non pas la propriété qui lui appartient déjà, mais la remise de la chose en ses mains, et l'indemnité qui peut lui être due, à raison de cette chose. Lors donc qu'on dit que le legs *per vindicationem* ne produit pas d'obligation, d'action personnelle, c'est en ce sens qu'il ne produit pas l'obligation de transférer la propriété, et par conséquent la *condiction*, comme le legs *per damnationem*, parce qu'en effet la *condiction* est une action personnelle incompatible avec la revendication (voy. M. *Ducaurroy*, n° 1096).

(1) On n'en dit pas autant à l'égard des créanciers héréditaires. L'héritier n'est point tenu envers eux par une action nouvelle ; l'obligation et l'action qui existaient contre le défunt n'ont fait que passer sur la tête de l'héritier ; elles ont toujours la même cause.

(2) Du moins par erreur de fait ; car il paraît que, dans le dernier état du droit, on refuse la répétition à celui qui a payé par erreur de droit (voy. M. *Ducaurroy*, n° 1096).

(3) La condiction proprement dite, dont il s'agit ici, est l'action par laquelle on prétend qu'une personne est obligée de nous transférer la propriété d'une chose (DARE OPORTERE). Aussi est-il certain que la tradition d'une chose, même indue, transfère la propriété, sauf l'obligation pour celui qui la reçoit d'en faire la rétrocession. —La condiction se donne toutes les fois qu'on a transféré la propriété d'une chose dans un but qui ne s'est pas réalisé (*sine causa* ou *causa data, causa non secuta*). C'est ainsi qu'elle se donne dans l'échange pour répéter la chose livrée contre celui qui n'exécute pas de sa part la convention (voy. p. 418, note 1).

R. Non ; il est censé avoir fait une donation (L. 53, ff. *de neg. gest.*, 3, 5).

D. Celui qui a payé une chose qu'il ne devait que naturellement a-t-il la condiction *indebiti?*

R. Non ; la condiction *indebiti* ne se donne que pour recouvrer la propriété qui a été transférée dans un but qui ne s'est point réalisé ; or, lorsqu'on acquitte une obligation naturelle, le payement a un but qu'il atteint (voy. p. 411, note 3).

D. La condiction *indebiti* se donnerait-elle à celui qui serait incapable d'aliéner ?

R. Non. La condiction, qui tend à se faire attribuer la propriété d'une chose, suppose nécessairement que celui contre qui on l'intente est propriétaire. Or, celui qui est incapable d'aliéner ne rend pas propriétaire celui à qui il livre la chose en payement ; il conserve la propriété : ce n'est donc pas la condiction qu'il peut exercer, mais la revendication, du moins tant que la chose subsiste, car si elle était consommée de bonne foi, l'incapable aurait la condiction *indebiti* contre celui qui l'aurait reçue indûment (voy. p. 247).

D. Le payement fait indûment à une personne incapable de s'obliger donne-t-il lieu à la condiction ?

R Non ; ainsi le pupille qui reçoit, sans autorisation du tuteur, une chose indûment payée, n'est point soumis à la condiction, si ce n'est pourtant jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve plus riche au moment de la *litis contestatio* (L. 13, §§ 1 et 14, ff. *de cond. ind.*, 12, 6, voy. p. 248).

D. N'y a-t-il pas des cas où le payement même indu ne donne lieu à aucune action ?

R. Oui ; c'est lorsque le payement est fait par suite d'une transaction pour éviter un procès, quelque peu fondé qu'il soit ; le payement a toujours, dans ce cas, une cause, un but. Ainsi, il y a des obligations que le défendeur ne peut nier sans s'exposer à la condamnation au double (1) ; tels étaient, avant Justinien, le legs *per damnationem*, et, depuis lui, les legs pieux, c'est-à-dire faits à des églises ou autres lieux de dévotion : si, dans la crainte de payer deux fois à cause de l'incertitude des jugements humains, l'héritier avait payé un legs de cette espèce, quoiqu'il ne fût pas dû, il n'aurait

(1) Vous en verrez l'énumération au tit. *des actions.*

pas de répétition à exercer, parce qu'il n'aurait pas payé sans motif, mais pour ne pas courir les chances d'un procès et pour assurer son repos.

Titre XXVIII.—*Par quelles personnes on acquiert une obligation.*

Nota. Les mêmes personnes qui nous acquièrent la propriété nous acquièrent aussi les obligations actives. Nous croyons donc superflu de répéter ici, pour l'acquisition d'une créance, ce que nous avons dit précédemment (voy. p. 251 et suiv.) pour l'acquisition d'une chose corporelle, soit par nos fils de famille et nos esclaves, soit par l'esclave dont nous avons l'usufruit ou l'usage, soit enfin par une personne libre ou esclave, que nous possédons de bonne foi (voy. aussi p. 446). Remarquons pourtant qu'en appliquant aux acquisitions de créances les distinctions relatives aux différents pécules des fils de famille, Justinien attribue bien l'usufruit au père et la nue propriété au fils, dans l'objet dont la créance *adventice* aurait procuré l'acquisition, mais non pas dans la créance même ; l'empereur réserve au père seul l'exercice de l'action résultant de cette créance. Remarquons encore qu'on ne peut pas acquérir des obligations par procureur, comme on acquiert la possession ; nul ne peut contracter pour une personne étrangère à sa famille (voy. p. 254 et 446).

Titre XXIX.—*De quelles manières s'éteint une obligation.*

D. De quelles manières s'éteignent les obligations ?

R. Il faut distinguer les modes d'extinction établis par le droit civil, et qui, dissolvant l'obligation directement et absolument, ne laissent plus subsister d'action, et ceux qui, établis par le droit prétorien, laissent subsister l'action au point de vue du droit strict, mais permettent au débiteur de se dispenser d'exécuter ce à quoi il était obligé, et le libèrent ainsi indirectement.—Quand l'obligation est éteinte par l'un des modes du droit civil, on dit qu'elle est éteinte *ipso jure ;* lorsqu'elle n'est éteinte qu'indirectement par les moyens inventés par les préteurs, on dit qu'elle est éteinte *exceptionis ope* (1)

(1) Cette distinction, déjà indiquée dans le cours de l'ouvrage, trouvera des développements au tit. *des actions* et à celui *des exceptions.*

D. Quels sont les modes d'extinction des obligations d'après le droit civil ?

R. Les Institutes en énumèrent quatre : 1o le payement (*solutio pr.*) ; 2o l'acceptilation (*acceptilatio*, §§ 1 et 2) ; 3o la novation (*novatio*, § 3) ; 4o le mutuel dissentiment (*contraria voluntas*, § 4).—On peut y ajouter : 5o les offres suivies de consignation (*ablatio et obsignatio rei debitæ*) ; 6o la confusion (*confusio*) ; 7o le concours de deux causes lucratives (1).

D. Quels sont les modes d'extinction des obligations établies par le droit prétorien ?

R. Ce sont, principalement, le pacte de remise (*pactum de non petendo*),—la compensation (*compensatio*),—la prescription (*præscriptio temporalis*) et la restitution en entier (*restitutio in integrum*).

D. Qu'entend-on par payement (*solutio*) ?

R. Dans le sens le plus large, le mot *solutio* comprend tout fait quelconque qui a pour effet d'éteindre une obligation, de délier le débiteur. Mais il est pris ici dans un sens plus restreint, et s'entend de l'accomplissement même de ce à quoi l'on est obligé.

D. Par qui le payement peut-il être fait ?

R. Le payement peut être fait, soit par le débiteur lui-

(1) Il y avait, dans le droit primitif, deux modes d'extinction des obligations qui n'existent plus sous Justinien, à savoir, la *solutio per æs et libram* et celle qui résultait de la *capitis deminutio*. — On éteignait, par les formalités de la balance et de l'airain, les obligations qui s'étaient formées par le même moyen, comme le *nexum*, ou les engagements pris dans une vente opérée par la mancipation, et celles qui avaient leur cause dans un jugement. Dans l'origine, c'était un payement réel qui se faisait par le pesage (voy. p. 205) : ce ne fut plus ensuite qu'un payement fictif (*Gaius*, III, 175).—Quant à l'extinction des obligations par la diminution de tête du débiteur, elle était la conséquence de ce que l'individu *capite minutus* était réputé une nouvelle personne. Ainsi, le débiteur qui se donnait en adrogation, n'existant plus, ses dettes étaient éteintes, et l'adrogeant n'en était pas tenu. Mais ce principe avait été éludé par les préteurs qui avaient accordé une action utile contre l'adrogé (*Gaius*, IV, 38), et permis de saisir ses biens, si l'adrogeant refusait de répondre pour lui (voy. p. 402). Sous Justinien, il n'est plus nécessaire de recourir à une action utile, c'est-à-dire fondée sur la fiction que la *capitis deminutio* n'avait pas eu lieu. On agit directement contre l'adrogé.

même, soit par un tiers (1), qui peut agir à l'insu du débiteur, et même malgré lui (2).—Si l'obligation consiste à transférer la propriété *(ad dandum)*, celui qui paye doit être capable d'aliéner (voy. p. 250). — Le payement ne peut, qu'avec le consentement du créancier, se faire pour partie de la dette.

D. A qui le payement doit-il être fait ?

R. Il doit être fait, soit au créancier capable ou dûment autorisé (voy. p. 249), soit à la personne qui est autorisée à recevoir pour le créancier, comme le serait un mandataire, un tuteur ou un curateur, ou celui que le contrat lui-même aurait désigné pour cela (*adjectus solutionis gratia*, voy. p. 448).

D. Que doit-on payer ?

R. On doit payer la chose même qui a fait l'objet de l'obligation. On ne peut pas, sans le consentement du créancier, livrer une chose pour une autre *(aliud pro alio pr.)* (3) ou faire un payement partiel (L. 41, § 1, D. *de usuris*, 22, 1).

D. Quels sont les effets du payement ?

R. Le payement fait dans les conditions qui viennent d'être indiquées éteint entièrement l'obligation, et, avec elle,

(1) Ceci suppose, toutefois, que la chose due a été considérée en elle-même, et indépendamment de la personne qui doit la fournir. Car, s'il s'agissait d'une œuvre d'art, ou d'un travail quelconque pour lequel le débiteur eût une aptitude spéciale qui aurait été la cause déterminante du contrat, un tiers ne pourrait pas venir payer pour le débiteur (L. 31, D. *de solut.*, 46, 3). Dans ce cas, en effet, la chose due devant être l'œuvre personnelle du débiteur, on ne pourrait pas lui substituer l'œuvre d'un tiers ; car, comme nous allons le voir, on ne peut pas, sans le consentement du créancier, livrer une chose pour une autre.

(2) Sauf les rapports qui peuvent s'établir entre le tiers qui a payé et le débiteur pour qui il a payé. Si le tiers a payé en vertu d'un mandat, il aura l'action *mandati contraria* pour se faire rembourser ; s'il a agi sans mandat, il pourra avoir l'action *negotiorum gestorum*. Dans le cas où il aurait agi contre la volonté du débiteur, quelques interprètes lui accordent l'action *de in rem verso*, à moins qu'il n'ait voulu faire une libéralité.

(3) Justinien a établi une modification à ce principe en permettant par la nov. 4 et 3, au débiteur qui ne peut trouver de l'argent, de donner ses immeubles en paiement.

tous les droits accessoires qui en assuraient l'exécution, comme le cautionnement, le gage, l'hypothèque (1).

D. Qu'est-ce que l'acceptilation ?

R. C'est une remise de la dette faite sous la forme d'une stipulation. Les institutes nous en ont conservé la formule : le débiteur disait au créancier : QUOD TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM (*ce que je te dois, le tiens-tu pour reçu*) ? et le créancier répondait : HABEO (*je le tiens pour reçu*).—Ce payement fictif (*imaginaria solutio*, § 1) a tous les effets d'un payement véritable ; et de même qu'on peut avec le consentement du créancier, faire un payement partiel, on peut faire une acceptilation partielle.

D. Ce mode d'extinction s'applique-t-il à toute espèce d'obligations ?

R. Non, il ne s'applique qu'aux obligations verbales (2). —Mais si l'on voulait faire remise d'autres obligations, par exemple de l'obligation résultant d'un défi ou d'un contrat formé par la tradition d'une chose (*re*, v. p. 420), on pouvait y parvenir par un moyen inventé par le jurisconsulte Aquilius Gallus (3). Ce moyen consistait à remplacer l'obligation qu'il s'agissait de dissoudre par une obligation verbale (4),

(1) Quand le même débiteur était tenu de plusieurs dettes envers le même créancier, et qu'il ne les payait pas toutes, il pouvait indiquer celle qu'il entendait payer. Si le débiteur n'avait rien dit, on suivait, dans l'imputation des payements, des règles qui ont de l'analogie avec celles admises, en pareil cas, dans l'article 1253 du Code Napoléon.

(2) En général, les obligations pouvaient s'éteindre par les moyens qui avaient servi à les former (*Quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur.* L. 153. D. *de reg. jur.* 50, 17). Ainsi, les obligations formées par une stipulation pouvaient être résolues par une stipulation contraire. De même l'obligation littérale, à l'époque où elle était en usage (voy. p. 454), pouvait s'éteindre par l'écriture faite en sens contraire, c'est-à-dire en portant la dette comme reçue (*accepta*). D'où est venu le mot *acceptilatio*, qui s'est appliqué à la remise faite sous la forme d'une stipulation.—Les obligations consensuelles pouvant se dissoudre, comme elles se sont formées, par le seul consentement, l'acceptilation servirait à l'extinction de ces obligations, en tant qu'exprimant la volonté des parties.

(3) Contemporain de Cicéron.

(4) Nous allons voir qu'en effet, on pouvait faire novation de toute espèce d'obligation par une stipulation constituant un nouveau contrat.

et à éteindre ensuite cette dernière obligation par une acceptilation (1).

D. Qu'est-ce que la novation ?

R. C'est la transformation d'une ancienne obligation en une nouvelle.—La novation tire son nom du nouveau lien qui s'est substitué à l'ancien *(a novo et a nova obligatione.* L. I, *D. de novat*, 46, 2).—Elle exige la réunion des trois éléments suivants : 1o une obligation antérieure qu'il s'agit de remplacer (2) ; 2o une nouvelle obligation créée (3) ; 3o la volonté de faire une novation *(animus novandi)* ; sans cela, il y aurait simplement adjonction d'une seconde obligation à la première (4).

(1) La formule inventée par Aquilius, et que, pour cela, on appelle *Aquilienne*, est rapportée par les Institutes (§ 2). Elle revient à ceci : Le créancier demande, par exemple : *Tout ce que tu me dois en vertu d'un* MUTUUM, *promets-tu de me le donner ?* Le débiteur répond : *Je le promets.* Puis il interroge à son tour : *Ce que je t'ai promis aujourd'hui par la stipulation aquilienne, le tiens-tu pour reçu ?* Et le créancier répond : *Je le tiens pour reçu.*

(2) Il importe peu que l'obligation primitive soit civile, prétorienne ou naturelle, qu'elle ait été contractée *re, verbis* ou *consensu.* On peut faire novation d'une créance à terme, et même d'une créance conditionnelle. Mais, dans ce dernier cas, la novation serait subordonnée à la réalisation de la condition (L. 8, § 1, 2, D. *de nov.* 46, 2).

(3) Ici encore, il n'est pas nécessaire que l'engagement ait l'effet d'une obligation civile ; il suffit qu'il produise une obligation naturelle. Si donc la stipulation faite pour opérer novation (car, comme nous allons le voir, la novation se fait toujours au moyen d'une stipulation) restait sans effet (*licet posterior stipulatio inutilis sit*, § 3), par exemple, parce qu'elle aurait été faite par un pupille non autorisé par son tuteur, la novation n'en serait pas moins accomplie et l'obligation primitive éteinte. Dans l'exemple cité, en effet, le pupille, s'il n'est pas engagé civilement par sa stipulation, l'est au moins naturellement. Le texte du § 3 ajoute qu'il n'en serait pas de même, et que la novation ne serait pas opérée si la stipulation avait été faite par un esclave. En effet, l'esclave n'ayant aucune capacité personnelle, ne peut stipuler que *ex persona domini* ; et l'engagement pris au nom du maître n'oblige celui-ci ni civilement, ni naturellement ; il n'a aucune valeur et ne peut, par conséquent, opérer la novation et éteindre l'obligation primitive.

(4) Jusqu'à Justinien, la question de savoir si la nouvelle dette avait été contractée dans le but d'éteindre l'ancienne, était abandonnée à l'arbitrage du juge. Mais, comme elle peut présenter des difficultés, l'empereur exigea qu'à l'avenir on fît une déclaration expresse de

D. De quelle manière se fait la novation ?

R. Elle se fait au moyen d'une stipulation (1).—Elle peut s'opérer de trois manières : 1o par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien qui est libéré. Cette espèce de novation a lieu au moyen d'une stipulation intervenue entre le créancier et le nouveau débiteur, soit à l'insu et même contre le gré du débiteur primitif (2), soit par suite d'une délégation faite par ce dernier (3) ; 2o par la substitution d'un nouveau créancier à l'ancien, ce qui a lieu lorsque le créancier primitif délègue son débiteur à un tiers envers lequel le débiteur s'engage par une nouvelle stipulation (4) ; le débiteur est alors libéré envers son ancien créancier et engagé envers le nouveau ; 3o sans l'intervention d'aucune autre personne, par la stipulation formée entre le même créancier et le même débiteur. Cette stipulation n'opère novation qu'autant qu'elle contient quelque chose de nouveau, par exemple, lorsque l'objet de l'obligation est changé,

l'intention de faire novation ; sans cela, l'obligation ancienne continuerait de subsister, et la novelle ne ferait que s'y ajouter (*secundam ei accedere*, § 3).

(1) Dans l'ancien droit, avant que les contrats littéraux fussent tombés en désuétude, la novation pouvait se faire aussi par les *nomina transcriptitia*. Voy. p. 455.

(2) L'intervention d'un tiers qui vient s'obliger à la place du débiteur primitif, est assimilée au payement fait par un tiers qui éteint la dette, même à l'insu du débiteur.

(3) On appelle *délégation* l'acte par lequel un débiteur présente un tiers à sa place, ou lui donne mandat de se présenter à sa place au créancier (voy. p. 476). Pour que la délégation soit parfaite, et opère novation, il faut le concours de trois volontés : 1o la volonté du créancier, auquel on ne peut imposer, contre son gré, un nouveau débiteur ; 2o la volonté du débiteur déléguant qui est ordinairement créancier du tiers délégué ; ou qui lui donne mandat de payer pour lui ; 3o la volonté du tiers délégué, parce que la délégation, une fois acceptée, il ne pourra plus opposer à son nouveau créancier les exceptions dont il aurait pu se servir contre l'ancien (L. 1, § 6, D. *de novat.* 146, 2). — Lorsque le nouveau débiteur était le propre créancier de l'ancien, il y a deux dettes éteintes : le délégué est libéré envers le déléguant, et celui-ci envers le stipulant.

(4) La délégation accompagnée d'un engagement nouveau ne doit pas être confondue avec la cession d'une créance. La cession, en effet, n'éteint pas la créance cédée, et le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions venant du cédant, ce que ne peut pas faire le délégué qui a accepté la délégation.

ou lorsqu'il y a addition ou suppression d'une condition, d'un répondant (4) ou d'un terme ; autrement, la seconde stipulation ne faisant que reproduire l'ancienne, sans qu'il y eût rien de nouveau, ne détruirait pas la première.

D. N'y avait-il pas, au moins dans l'ancien droit, une novation qui s'opérait indépendamment de la volonté des parties et sans stipulation ?

R. Vous voulez parler de la novation qui s'opérait par la *litis contestatio*. En effet, dans certains procès, c'est-à-dire quand il s'agissait d'une action personnelle exercée *in legitimo judicio* (1), la *litis contestatio*, entraînant l'engagement des parties de se défendre devant le juge et d'accomplir ce qu'il ordonnerait, était considérée comme substituant à l'obligation primitive alléguée par le demandeur, l'obligation d'exécuter la sentence (2).— Du reste, la novation qui résultait de la *litis contestatio* se distinguait de la novation ordinaire conventionnelle, en ce qu'elle faisait substituer, pour la nouvelle obligation, les gages, hypothèques et autres sûretés accessoires garantissant l'exécution de l'obligation primitive (L. 9. D. *de Novat.* 46, 2).

D. Qu'est-ce que le mutuel dissentiment *(contraria voluntas)* ? Quelles sont les obligations qu'il peut éteindre ?

R. Le mutuel dissentiment est l'accord des parties à dissoudre l'obligation qu'elles avaient contractée. Le mutuel dissentiment ne dissout que les obligations consensuelles ; il n'y a que les obligations qui se forment par le seul consentement qui puissent se dissoudre de même, suivant la règle

(4) *Si fidejussor adjiciatur*, § 3. Nous croyons, avec M. Ducaurroy, n° 1111, qu'il ne s'agit pas ici de la fidéjussion même, mais de la clause par laquelle le débiteur s'obligeait à fournir caution ; on ne concevrait pas comment l'accession d'un fidéjusseur pourrait opérer novation.

(1) On verra, au tit. *des exceptions*, la distinction qu'on faisait sous le régime des formules, entre le *judicium legitimum*, instance réglée par le droit civil, et le *judicium imperio continens*, instance réglée par le droit prétorien.

(2) Il en résultait que, dans ce cas, la sentence ne produisait pas seulement, comme d'ordinaire, l'exception *rei judicatæ*, mais que la *litis contestatio*, ayant éteint la créance primitive du demandeur (supposé qu'elle eût existé), cette créance ne pouvait plus être alléguée par le demandeur et servir de base à une nouvelle action. Voyez ce que nous disons à ce sujet, au tit. *des exceptions*.

de droit civil qu'un engagement se détruit de la même manière qu'il a été formé. Ces obligations ne peuvent même se résoudre par le mutuel dissentiment que quand les choses sont encore entières (*re nondum secuta*), c'est-à-dire, quand aucune des parties n'a encore exécuté le contrat (1).

D. Quand un créancier refuse de recevoir ce qui lui est dû, le débiteur ne peut-il obtenir sa libération ?

R. Il peut l'obtenir en faisant des offres (*oblatio*) et en consignant la somme offerte (*obsignatio*) dans un lieu désigné par l'autorité publique (*tuto in loco*, L. 28, D. *de adm. et periculo tut.* 26, 7). La consignation précédée des offres libère le débiteur comme l'eût fait un paiement fait à la personne que le créancier eût autorisée à recevoir. Les offres doivent comprendre le capital et les intérêts. Elles doivent être faites, au terme et dans le lieu convenus pour le paiement. —Ce mode de libération ne s'applique qu'à l'obligation de livrer une chose mobilière, et spécialement une somme d'argent. S'il s'agissait d'un immeuble, on faisait nommer un sequestre pour l'administrer ; car, pour être libéré, le débiteur ne doit pas rester en possession de la chose offerte (L. 1, § 37, D. *depositi* 16, 3).

D. A quelles obligations s'applique le mode d'extinction par la perte de la chose due (*interitu rei debitæ*) ?

R. Il ne s'applique qu'aux obligations ayant pour objet un corps certain, comme tel esclave, telle statue (2). Le débiteur d'un corps certain est libéré, lorsque la chose qui fait l'objet spécial du contrat vient à périr, sans sa faute et avant sa mise en demeure.

D. Qu'est-ce que la confusion (*confusio*) ?

R. On entend par là, en droit, la réunion des qualités de créancier et de débiteur dans la même personne. Nul ne

(1) Car si, par exemple, la chose vendue avait été livrée, il ne suffirait pas du seul consentement des parties pour résoudre la vente et pour détruire l'obligation de l'acheteur de payer le prix, il faudrait encore que la chose livrée eût été rendue (L. 1, C., *quando liceat ab emptione discedere*, 4, 45). Si, après la livraison de la chose, l'acheteur s'engageait à la rendre, il y aurait là un nouveau contrat, et non pas seulement résolution de l'ancien (L. 58, D. *de pactis*, 2, 14).

(2) Lorsqu'il s'agit de choses fongibles (voy. p. 420), le débiteur qui a perdu celles qu'il destinait au paiement, n'est pas libéré ; il doit s'en procurer d'autres.

pouvant se devoir à lui-même, la réunion dans la même personne de la qualité de créancier et de débiteur fait naturellement disparaître l'obligation (1). C'est ce qui arrive, par exemple, lorsque le débiteur devient héritier du créancier, ou réciproquement (2).

D. Dans quel cas le concours de deux causes lucratives entraîne-t-il l'extinction d'une obligation ?

R. Lorsque la même chose était due à la même personne pour deux causes lucratives, le créancier ne pouvait l'exiger deux fois. Quand donc il l'avait reçue à l'un des titres gratuits, le débiteur qui la devait en vertu de l'autre titre également gratuit, était libéré. C'est le sens de la règle que deux causes lucratives ne peuvent pas concourir ensemble.

D. Quel était l'effet du pacte de remise *(pactum de non petendo)*, quand il n'éteignait pas l'obligation *ipso jure ?*

R. Le simple pacte, qui ne peut former que les obligations consensuelles, ne peut dissoudre, en général, que les obligations de la même nature (3). Mais, pour les autres obligations civiles, la convention par laquelle le créancier avait consenti à libérer le débiteur, avait été sanctionnée par le droit prétorien, et faisait naître une exception *(exceptio pacti conventi)* destinée à empêcher la condamnation du débiteur contre lequel le créancier aurait exercé une action, au mépris du pacte de remise (4).

D. Qu'est-ce que la compensation ?

(1) La confusion peut venir à cesser, par exemple, lorsque l'héritier testamentaire est évincé par la *querella inofficiosi testamenti.* Dans ce cas, l'obligation dont la confusion avait rendu l'exécution impossible, tant qu'elle avait duré, reparaît (L. 21, § 2, D. *de inoff. test.* 5, 2).

(2) Quand il y a plusieurs héritiers, la confusion n'éteint la dette que dans la proportion de la part héréditaire afférant à celui sur la tête duquel elle s'opère.

(3) Cependant, le simple pacte suffisait pour éteindre *ipso jure* l'obligation résultant de certains délits, comme le vol et l'injure (L. 17, § 1, D. *de pactis.* 2, 14). La loi des Douze Tables portait : SI MEMBRUM RUPIT, *ni cum eo pascit,* TALIO ESTO.

(4) Voy. p. 462. Il fallait, du reste, pour qu'il pût produire une exception, que le pacte de remise eût été fait par un créancier capable de disposer de la créance. Ainsi, la remise faite par un pupille, sans l'autorisation de son tuteur, n'avait aucun effet, même d'après

R. C'est la balance établie entre deux dettes et deux créances réciproques, qui s'éteignent jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.—En droit strict, la coexistence des deux dettes ne les empêche pas d'exister l'une et l'autre. Mais comme, d'une part, il est contraire à l'équité qu'un créancier poursuive un débiteur envers lequel il est tenu lui même d'une dette équivalente *(dolo facit, qui petit, quod redditurum est,* L. 173, § 3, D. *de reg. jur.* 50, 17), et que, d'un autre côté, il y a utilité pour chacune des parties à se payer à elle-même par compensation, plutôt que de commencer par payer la dette, sauf à réclamer ensuite le paiement de sa créance, puisqu'on évite ainsi les difficultés du recouvrement et les chances d'insolvabilité *(interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere,* L. 3, D. *de comp.* 16, 2), on en vint à admettre la compensation, d'abord comme mode de libération d'une manière restreinte et exceptionnelle, puis d'une manière générale (1). — Mais il faut remarquer qu'à aucune

le droit prétorien. Le pacte de remise, quand il avait été fait d'une manière générale *(in rem)*, profitait à tous les intéressés, par exemple aux fidéjusseurs et aux héritiers du débiteur. Il en aurait été autrement, si le créancier ne s'était interdit d'agir que contre une personne déterminée *(in personam)* ; celle-ci seule en aurait profité.

(1) Dès une époque ancienne, il y avait compensation forcée, quand l'action était exercée par un banquier *(argentarius,* v. Gaius, IV, § 64) contre son client. Dans ce cas, le demandeur se serait exposé à perdre son droit par l'effet de la plus-pétition, s'il s'était porté créancier de son client, sans tenir compte de ce qu'il devait lui-même à celui-ci. — Il y avait aussi une imputation obligée *(deductio,* Gaius, § 65), lorsque celui qui avait achete en masse les biens d'un failli *(bonorum emptor,* voy. liv. III, tit. XII), agissait contre l'un de ses débiteurs, créancier lui-même du failli ; le défendeur n'était condamné que déduction faite du dividende que le demandeur lui devait comme acheteur des biens de la faillite.—La compensation fut admise, dès une époque également ancienne, dans les actions de *bonne foi*, d'abord lorsque les deux dettes avaient la même origine *(ex eadem causa)*, puis lors même qu'elles résultaient de causes différentes *(ex dispari causa)*. Le juge, autorisé, dans ces actions, à apprécier *ex æquo et bono,* l'effet des engagements, ne condamnait le défendeur que déduction faite de ce qui lui était dû par le demandeur. Dans les actions *de droit strict,* on finit par admettre la compensation, au moyen de l'exception de dol qui fût introduite dans la formule (voy. le tit. *des exceptions*).—Mais il fallait toujours, quelle que fût la nature de l'action, que le débiteur opposât la compensation pour qu'elle fût admise par le juge. Si elle n'avait pas été proposée, le débiteur condamné conservait le droit d'exercer à son tour l'action qui lui appartenait (L. 7, § 1, D. *de comp.* 16, 2).

époque la compensation n'a opéré l'extinction des obligations par la force de la loi, et à l'insu des parties (1). Elle n'a jamais été, à Rome, qu'un moyen pour le débiteur d'empêcher qu'il ne fût condamné quand il était lui-même créancier du demandeur. En d'autres termes, la compensation n'a jamais été l'effet direct de la loi, mais l'effet de la sentence qui l'avait admise par suite d'une sorte de demande reconventionnelle (2).

D. Qu'est-ce que la prescription ? Comment opère-t-elle l'extinction des obligations ?

R. Dans l'ancien droit, les actions auxquelles les obligations civiles donnaient naissance, étaient, en général, perpétuelles. Aucun laps de temps ne pouvait les éteindre. L'empereur Théodose II changea cette règle, qui souffrait d'ailleurs quelques exceptions, et limita la durée des actions à 30 ans. — La prescription est donc un moyen donné au débiteur d'échapper à l'action du créancier en se prévalant du laps de temps qui s'est écoulé depuis la naissance de l'obligation. Elle n'éteint l'obligation qu'indirectement et *exceptionis ope* (3).

(1) Il en est bien autrement en France, art. 1290 du code Nap. — Quand il est dit, dans les livres de droit romain, que la compensation a lieu *ipso jure ;* cela ne veut donc pas dire qu'elle a lieu de plein droit, par le seul fait de la coexistence des deux dettes, mais seulement que, dans le dernier état du droit, le juge peut opérer la compensation d'office sans avoir besoin d'y être spécialement autorisé par une exception, comme autrefois dans les actions *stricti juris.*

(2) C'est ce qui fait que la compensation pouvait être admise même pour les dettes naturelles et non reconnues par la loi civile (*etiam quod natura debetur, venit in compensationem.* L. 6, D. *de comp.* 16, 2). Le pouvoir d'équité qui appartenait au juge l'autorisait à régler les droits des parties *ex æquo et bono.* — Du reste, quand la compensation demandée était admise par le juge, on en faisait rétroagir les effets au jour où les deux dettes avaient coexisté. Ainsi, on ne calculait plus que les intérêts de ce qui restait dû, imputation faite de la dette la plus faible, à compter du jour de la coexistence des deux dettes (L. 11, D. *de comp.* 16, 2).

(3) On peut même dire qu'elle éteint l'action plutôt que l'obligation. La preuve que l'obligation subsiste encore, quoique privée de l'action personnelle, c'est que le créancier, qui ne peut exercer l'action personnelle, que pendant trente ans, peut exercer l'action hypothécaire, pendant quarante ans (L. 3, 4, § 61, C. *de præsc.* 7, 33). L'obligation, qui ne peut plus servir à attaquer, peut encore servir à se défendre : *temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

D. Qu'est-ce que la restitution en entier (*restitutio in integrum*) ?

R. C'est le rétablissement d'un état antérieur de droit, opéré par le préteur et motivé sur des considérations d'équité. —Pour obtenir la restitution, il fallait en général : 1o que celui qui la demandait eût éprouvé une lésion ;—2o qu'il se trouvât dans l'un des cas prévus par l'édit (1) ;—3o qu'il n'eût pas d'autre moyen pour obtenir réparation (2).—La restitution pouvait être obtenue par voie d'action ou par voie d'exception. Dans le premier cas, il fallait qu'elle fût demandée dans un délai qui a été porté à quatre ans par Justinien (L. 7, C. *de temp.*, 2, 53). Pour l'obtenir par voie d'exception, le délai était illimité.

D. Quels étaient les effets de la restitution en entier ?

R. La restitution, replaçant les parties dans l'état où elles étaient avant l'acte qui avait entraîné la lésion, toutes les conséquences de cet acte étaient détruites. Si, par exemple, la chose vendue avait été livrée, elle devait être restituée avec les fruits qu'elle avait produits. Par contre le prix payé devait être remboursé avec intérêts (L. 24, 27, § I, D. *de minor.*, 4, 4).

(1) Parmi les causes de restitution prévues par l'Edit, se trouvait l'état de minorité. Le mineur de vingt-cinq ans qui a agi avec l'autorisation de son tuteur ou de son curateur, a fait un acte valable d'après le droit civil. Mais, s'il a été lésé, l'acte est considéré comme non avenu par le préteur, qui remet les choses dans l'état où elles seraient sans cet acte (voy. p. 171).

(2) Voy. notamment L. 16, D. *de minor.*, 4, 4. La restitution est, en effet, un moyen extrême inventé par les préteurs pour suppléer au droit civil ou pour en éviter les rigueurs.

LIVRE QUATRIÈME

TITRE Ier.—*Des obligations qui naissent d'un délit.*

D. Qu'est-ce qu'un délit ?

R. C'est un fait dommageable, spécialement prévu et caractérisé comme délit par la loi, au moyen d'une action particulière qu'elle y a attachée (1).

D. Comment se divisent les délits ?

R. Ils se divisent en *publics* et *privés*. Les premiers sont ceux qui, portant atteinte à la sûreté générale et poursuivis dans l'intérêt public, donnent lieu à l'instance criminelle appelée *publicum judicium*, parce que tout citoyen a le droit de l'intenter (voy. tit. XVIII, ci-après). Les seconds sont ceux qui ne peuvent être poursuivis que par la personne dont l'intérêt particulier a été lésé, et qui donnent lieu à une instance privée *(privatum judicium)*, c'est-à-dire à une action intentée dans la forme ordinaire des procès civils (2).

(1) Un grand nombre de commentateurs enseignent que ce qui caractérise le délit, ce qui le distingue des faits qu'ils appellent *quasi-délits*, c'est qu'il suppose le dol, l'intention de nuire. Cependant nous verrons que le dommage causé par l'imprudence constitue quelquefois un délit, sans qu'il y ait eu intention formelle de nuire (voy. tit. III ci-après), et que, dans d'autres cas, l'obligation et l'action naissent, non pas *ex delicto*, mais *quasi ex delicto*, quoiqu'il y ait eu dol (voy. tit V). C'est que, en droit romain, il en est à l'égard des délits comme à l'égard des contrats : pour qu'il y ait obligation résultant d'un délit (*ex delicto*), il faut que le fait nuisible ait été spécialement prévu et caractérisé comme tel par la législation, et qu'une action particulière y ait été attachée.

(2) Les délits privés sont les seuls dont on s'occupe dans ce titre ; ce sont les seuls d'où naissent une obligation personnelle et une action privée.—Du reste, on verra que chaque délit privé donne lieu à une double poursuite : l'une qui a pour but de punir l'auteur du fait (*pœnæ persequendæ*) ; l'autre qui a pour objet d'obtenir la réparation du dommage causé par l'acte illicite (*rei persequendæ*). Tantôt il y a deux actions distinctes, comme pour le vol qui donne lieu à l'*actio furti* et à la *condictio furtiva* (voy. p. 194) ; tantôt il n'y a qu'une action, mais mixte, *tam rei quam pœnæ persequendæ*.

R. Les obligations qui naissent des délits se divisent-elles en plusieurs classes, comme celles qui naissent des contrats ?

R. Non ; les obligations qui résultent des délits sont toutes réelles, c'est-à-dire qu'elles naissent toutes *(ex re)* de la perpétration du méfait constitutif du délit.—La volonté de commettre le délit, manifestée, soit verbalement, soit par écrit, ne suffit pas pour donner naissance à l'obligation et à l'action résultant du délit.

D. Quels sont les délits privés ?

R. Il y en a quatre, embrassant les principaux faits portant atteinte aux biens, à la personne ou à l'honneur d'autrui : 1o le vol *(furtum)*, 2o le rapt ou vol avec violence *(rapina)*, 3o le dommage matériel *(damnum)*, 4o et l'injure *(injuria)* (1). Ce sont les seuls délits privés dont Justinien s'occupe dans ce titre et dans les trois suivants.

D. Qu'est-ce que vol ?

R. Le vol est une soustraction (2) frauduleuse (3), soit d'une chose même, soit de l'usage ou de la possession de cette chose, faite dans le dessein d'en tirer un avantage (4).

(1) Justinien, dans ce titre et dans les trois suivants, ne s'occupe que de ces quatre délits. Ce sont les seuls qui soient mentionnés par Gaius (3, § 182 et L. 4, D. *de oblig. et act.* 44, 7). Quelques auteurs comprennent cependant d'autres faits dans la classe des delits. Mais nous croyons avec M. de Fresquet, t. II, p. 69, qu'en dehors de l'énumération donnée par notre texte, il n'y a plus délit proprement dit, mais seulement des actes, sans nom propre, qui ont été assimilés aux délits par leurs effets (*quasi ex delicto*). Il y a même à remarquer que, dans les quatre délits énumérés ci-dessus, il y en a un, la *rapina*, qui est d'origine prétorienne. L'ancien droit civil n'en comprenait que trois qui pouvaient, à la vérité, embrasser, comme on le verra, la plupart des actes dommageables à autrui.

(2) Nous avons vu, p. 238, qu'il n'y a pas de vol sans déplacement, et que c'est pour cela que les objets mobiliers sont seuls susceptibles d'être volés.

(3) Le vol suppose donc l'intention. Aussi l'impubère ne peut être poursuivi pour vol qu'autant qu'il approche de la puberté *(proximus pubertati ;* § 18), parce que c'est alors seulement qu'il est réputé agir avec discernement.

(4) Celui qui soustrait une chose, non pour se procurer un gain, mais plutôt pour nuire à autrui ou bien pour lui faire injure, ne commet pas un vol, il commet un dommage ou une injure.

D. Pour qu'il y ait vol, il n'est donc pas nécessaire qu'on ait soustrait la chose d'autrui pour se l'approprier ?

R. Non ; il suffit qu'on l'ait détournée, sans le consentement du propriétaire, pour en tirer un parti quelconque. Ainsi le dépositaire ou le créancier gagiste qui se sert de la chose remise en ses mains commet un vol (d'usage). Il en est de même du commodataire qui, après avoir reçu une chose pour s'en servir, l'emploie à un autre usage ; par exemple, lorsque, sous le prétexte d'inviter ses amis à un repas, il emprunte de l'argenterie et l'emporte en voyage ; ou, lorsqu'après avoir emprunté un cheval pour faire une course, il le conduit plus loin ou à la guerre (§ 6).

Toutefois, ce qu'on dit du commodataire qui emploie la chose à un usage différent de celui qu'il en devait faire, ne s'entend que de celui qui agit sciemment contre la volonté du propriétaire ; autrement, si l'on se croyait certain de la permission de ce dernier, il n'y aurait pas vol, parce que, pour qu'il y ait vol, il faut qu'il y ait eu intention de soustraire *(affectu furandi,* § 7).

D. Lors même que l'on croit agir contre la volonté du propriétaire, y a-t-il vol si ce dernier y consent réellement ?

R. Non, il n'y a pas vol. De là s'est élevée entre les anciens jurisconsultes cette question : Titius engage l'esclave de Mévius à dérober à son maître certains objets et à les lui apporter : l'esclave dénonce le fait à Mévius. Celui-ci, dans le dessein de prendre Titius en flagrant délit, permet à son esclave de lui porter les objets : Titius est-il tenu de l'action de vol ou de l'action en corruption d'esclave *(servi corrupti)* (1), ou n'est-il exposé ni à l'une ni à l'autre de ces actions ? On s'accordait à dire qu'il n'était pas tenu de l'action en corruption d'esclave, parce que le délit de corruption n'avait pas été consommé ; mais les uns prétendaient qu'il était tenu de l'action de vol, tandis que d'autres soutenaient le contraire, par le motif que la soustraction des objets n'avait pas été faite contre la volonté du maître *(Gaius,* 3, § 698). Justinien décide qu'il sera tenu en même temps de l'action de vol et de l'action de corruption d'esclave ; l'empereur punit la tentative comme le délit consommé *(tanquam si re ipsa fuisset corruptus,* § 8).

(1) Nous verrons au titre *des actions,* dans quel cas se donnait l'action *servi corrupti,* qui est d'origine prétorienne.

D. N'est-ce qu'en détournant la chose d'autrui qu'on commet un vol ?

R. On commet un vol en détournant sa propre chose lorsque la possession ou l'usage en appartient à autrui ; par exemple, lorsque le débiteur soustrait la chose qu'il a donnée en gage au créancier.

D. La soustraction d'une personne libre peut-elle constituer un vol ?

R. Oui, on commet un vol en soustrayant une personne libre, lorsqu'elle est *alieni juris*. En effet, le droit de puissance paternelle fait considérer le fils de famille comme étant, sous certains rapports, la propriété du père.

D. Combien y a-t-il d'espèces de vol ?

R. Il y a deux espèces de vol, le vol *manifeste* et le vol *non manifeste*. — Quant à ce qu'on appelait, dans l'ancien droit, *furtum conceptum* (trouvé), *oblatum* (apporté), *prohibitum* (défendu) et *non exhibitum* (non représenté), ce n'étaient pas à proprement parler, des espèces particulières de vol, mais des circonstances accidentelles qui, survenues à la suite de vol, faisaient naître des actions particulières (1).

D. Quand est-ce que le vol est *manifeste ?* Quand est-ce qu'il est *non manifeste ?*

R. Les anciens jurisconsultes ont eu des opinions diverses sur l'extension qu'on devait donner au vol *manifeste*. L'opinion qui a prévalu est qu'il y a vol *manifeste*, non-seulement lorsque le voleur est pris sur le fait ou étant encore dans le lieu où le délit a été commis, mais même lorsqu'il a été surpris partout ailleurs, avant d'arriver au lieu où il voulait transporter la chose volée. Dans toute autre circonstance, le vol est *non manifeste*.

D. Qu'est-ce qu'on entendait, dans l'ancien droit, par *furtum conceptum* ?

R. Il y avait *furtum conceptum* (2) lorsque la chose volée avait été découverte chez un recéleur.—On distinguait entre le *furtum* simplement *conceptum*, et le *furtum lance licioque*

(1) Comme on le verra plus bas.

(2) *Furtum* désignait quelquefois la chose volée : tel est le sens dans lequel ce mot doit être pris ici.

conceptum. Lorsque la chose volée avait été trouvée accidentellement en la possession du recéleur, ou lorsqu'elle avait été découverte à la suite d'une perquisition faite chez lui amiablement et de son consentement, il y avait simplement *furtum conceptum ;* ce fait donnait lieu à l'action spéciale *furti concepti*, qui avait pour but de faire condamner le recéleur au triple de la valeur de l'objet volé. Quand la perquisition n'était pas faite amiablement, on y procédait par une solennité *(legis actio)* réglée par la loi. On sait qu'un des principes caractéristiques de l'ancienne procédure était de laisser le demandeur agir lui-même dans tous les actes d'exécution (1). Celui donc qui voulait faire une perquisition légale devait entrer dans le domicile du défendeur, le corps nu *(nudus)*, entouré seulement d'une ceinture (*linteo cinctus*), par respect pour la pudeur, et tenant à la main un plat (*lancem habens : Gaius*, 3, 192) sur lequel il devait emporter ostensiblement l'objet volé, dans le cas où il serait découvert. Si cette perquisition amenait la découverte de l'objet volé, le recéleur était puni comme l'auteur d'un vol manifeste.— Or, d'après la loi des Douze Tables, l'auteur d'un vol manifeste, si c'était un homme libre, était battu de verges, et attribué ensuite judiciairement (*addictus*) à celui qu'il avait volé ; si c'était un esclave, on le précipitait de la roche Tarpéienne. — La perquisition solennelle et l'action *furti lance licioque concepti* qui en naissait, furent abrogées, comme toutes les autres *legis actiones*, par la loi *Ælutia* (voy. p. 43). Il n'y eut plus dès lors qu'une action *furti concepti*, celle qui emportait la peine du triple, et l'antique perquisition *par le plat et la ceinture* fut remplacée par une perquisition faite simplement en présence de témoins (*testibus præsentibus*, § 4).

D. Qu'entendait-on par *furtum oblatum ?*

R. Il y avait *furtum oblatum*, d'après la loi des Douze Tables, lorsque le détenteur d'un objet volé, prévoyant une perquisition et voulant faire retomber sur un tiers les conséquences qu'elle pourrait entraîner, avait offert et apporté cet objet à une autre personne, dans l'intention qu'il fût trouvé

(1) Voy. p. 408, note 2. Ce principe tient vraisemblablement à ce que les Romains des premiers âges se rendaient eux-mêmes justice (voy. *Introd.*, p. 31) ; la législation ne fit d'abord que régulariser les actes d'exécution privée ; elle les remplaça quelquefois par des symboles. Les symboles eux-mêmes disparurent, et la puissance publique finit par se substituer complètement à la force privée, en se chargeant elle-même et directement de toutes les exécutions.

chez cette personne plutôt que chez lui. Celui chez lequel la chose avait été saisie avait contre celui qui la lui avait remise, l'action appelée *furti oblati*, pour le faire condamner au triple.

D. Qu'entendait-on par *furtum prohibitum* et par *furtum non exhibitum?*

R. Ceci se rapportait à deux actions introduites par les préteurs : la première (*furti prohibiti*), qui était du quadruple (*Gaius*, 3, 192), contre celui qui s'opposait à la perquisition légale ; la seconde (*furti non exhibiti*), qui était aussi probablement du quadruple, contre celui qui, quoique interpellé de le faire, n'avait pas exhibé un objet volé que la perquisition avait fait ensuite trouver chez lui (1).

D. Les actions civiles *furti concepti* et *oblati*, les actions prétoriennes *furti prohibiti* et *non exhibiti*, existent-elles encore dans le dernier état du droit ?

R. Non ; Justinien nous annonce que, de son temps, elles étaient tombées en désuétude (*in desuetudinem abierunt*, § 4), et que cette désuétude avait été la conséquence de ce qu'on avait cessé de pratiquer l'ancienne perquisition (2). Dans le dernier état du droit, celui qui a reçu et recélé sciemment une chose volée, est soumis à l'action du vol manifeste.

D. Quelles sont les obligations qui naissent du vol ?

R. Deux obligations naissent du vol ; elles ont pour objet la peine et la restitution de la chose (§ 19).

D. Quelle est la peine du vol ?

R. La peine est du double pour le vol non manifeste et du quadruple pour le vol manifeste (3) ; elle se poursuit par

(1) Il est probable que l'action *furti non exhibiti* a été imaginée pour faire tomber en désuétude l'action civile *lance licioque concepti*, dont les dures conséquences n'étaient pas moins que les formalités primitives de la perquisition en opposition avec les mœurs de la seconde période de l'histoire romaine. Ce qui confirme cette conjecture, c'est que le vol manifeste lui-même, auquel le *furtum lance licioque conceptum* était assimilé, a été, comme on le verra plus bas, puni également du quadruple, par le droit prétorien.

(2) Dans le dernier état du droit, ce n'est plus le demandeur qui exécute, qui fait lui-même la perquisition ; les actes d'exécution se font par l'intermédiaire d'officiers publics.

(3) Nous avons vu, p. 502, que d'après la loi des Douze Tables,

l'action de vol (*actio furti*), indépendamment de la restitution de la chose.

D. Sur quoi se calculent le double ou le quadruple ?

R. Ils ne se calculent pas exclusivement sur la valeur de l'objet volé, mais, en général, sur l'intérêt que le demandeur avait à sa conservation (L. 27, 74 ; D. *de furt.*, 47, 2).

D. La peine de vol n'est-elle encourue que par le voleur ?

R. La peine de vol non manifeste est en outre encourue, ainsi que nous l'avons dit, par les recéleurs, et de plus par ceux qui, sans avoir commis eux-mêmes le vol, ont donné non pas seulement des conseils (*consilio*), mais aide et assistance (*et ope* § 11) pour le commettre ; par exemple, contre celui qui fait tomber votre argent pour qu'un autre s'en saisisse, ou qui disperse vos bestiaux pour qu'un autre les enlève ; qui, par exemple, met en fuite un troupeau de bœufs en agitant une étoffe rouge.—Si, dans ces différents cas, la personne n'avait agi que par imprudence, et sans avoir l'intention de faciliter un vol, on ne donnerait pas contre elle l'action de vol, on ne donnerait qu'une action *in factum*, en dommages-intérêts.

D. Lorsqu'une personne soumise à la puissance d'un père ou d'un maître lui soustrait frauduleusement un objet quelconque, y a-t-il vol ?

R. Oui, il y a vol. A la vérité, le vol ne produit pas alors d'action contre le voleur, parce que l'unité d'intérêt qui existe entre le père et le fils de famille, entre le maître et l'esclave, ne permet pas que l'un puisse être actionné par l'autre, mais le vol n'en subsiste pas moins avec ses conséquences, soit relativement à l'usucapion de l'objet volé (voy. p. 238), soit quant à la peine encourue par le complice du voleur (§ 12).

D. A qui appartient l'action de vol ?

R. Elle appartient à celui qui a intérêt à conserver la chose, lors même qu'il n'en est pas propriétaire : aussi cette action n'appartient-elle au propriétaire que quand il est intéressé à ce que la chose ne se perde pas (§ 13).

la peine du vol manifeste ne consistait pas en une somme d'argent, et qu'elle n'était pas la même pour les hommes libres et pour les esclaves. La peine du quadruple a été introduite par le droit prétorien ; elle s'applique indistinctement, que le coupable soit libre ou sclave (§ 5) ; seulement, dans ce dernier cas, on agit contre le maître u voleur, et l'action devient noxale (voy. tit. VIII ci-après).

Ainsi, lorsque des vêtements ont été remis au foulon pour les nettoyer ou au tailleur pour les raccommoder moyennant un certain salaire, s'ils viennent à être volés, c'est à ce dernier que compète l'action de vol, et non au propriétaire. Il importe peu, en effet, au propriétaire que la chose se perde, puisque, à raison de la responsabilité imposée au foulon et au tailleur, il peut la réclamer contre eux par l'action *locati*, pourvu cependant que ceux-ci soient solvables ; car en cas d'insolvabilité de leur part, comme le propriétaire ne peut se faire indemniser par eux, c'est à lui-même qu'appartient l'action de vol, parce que, dans ce cas, il a intérêt à la conservation de la chose (§ 15).

D. Ce que vous dites du foulon et du tailleur s'applique-t-il au commodataire ?

R. Cela s'appliquait dans l'ancien droit ; en effet, le commodataire qui use gratuitement est tenu à la même surveillance que le foulon et le tailleur qui reçoivent un salaire. Mais Justinien a apporté sur ce point quelques modifications : il a donné au propriétaire le choix d'intenter l'action *commodati* contre le commodataire, ou l'action *furti* contre le voleur. Si le propriétaire, connaissant le vol, actionne le commodataire, c'est à ce dernier qu'appartient l'action *furti* ; si, au contraire, il actionne le voleur, le commodataire est libéré.

D. Lorsqu'on a dérobé une chose donnée en gage, à qui appartient l'action de vol ?

R. Cette action appartient au créancier gagiste, lors même que le débiteur est solvable, parce qu'il est bien plus avantageux au créancier de retenir le gage que d'exercer une action personnelle contre son débiteur. L'action de vol appartiendrait au créancier quand bien même le gage aurait été soustrait par le débiteur propriétaire de l'objet (§ 14).

D. A qui appartient l'action de vol, lorsque la chose volée était possédée par un acheteur de bonne foi ?

R. Elle appartient au possesseur de bonne foi, qu'il soit solvable ou non (*omnimodo*, § 15), parce qu'il a intérêt à conserver la chose, par exemple, pour l'acquérir par usucapion. Le possesseur de bonne foi a bien aussi intérêt à conserver la chose, mais on ne veut pas que son improbité lui fasse profiter de l'action de vol.

D. A qui appartient l'action de vol, lorsqu'il s'agit d'une chose mise en dépôt ?

R. Elle appartient au propriétaire, et non au dépositaire : car celui-ci n'a pas intérêt à la conservation de la chose. En effet, à moins que, par une clause expresse, il prît sur lui la garde de la chose, le dépositaire n'est responsable que de son dol, et, par conséquent, il n'est pas tenu par l'action de dépôt à la restitution de la chose, si elle vient à être volée (voy. p. 426).

D. Lorsqu'une chose vendue, mais non encore livrée, vient à être volée, à qui appartient l'action de vol ?

R. La responsabilité du vendeur envers l'acheteur n'est point encourue par le vol de la chose, lorsqu'on n'a à lui reprocher ni dol, ni faute (voy. p. 465) ; l'acheteur est donc seul intéressé à ce que le vol n'ait pas eu lieu, et conséquemment c'est à lui que semblerait devoir appartenir l'action de vol. Cependant les textes (voy. L. 80, ff. *de furt.* 47, 2) attribuent cette action au vendeur. On a voulu restreindre cette décision au cas où le vendeur aurait pris sur lui la garde de la chose (voy. § 3 *de empt. et vend.*) ; mais cette opinion, suivant laquelle la règle qui attribue l'action de vol au vendeur serait faite pour un cas exceptionnel, quand elle s'exprime en termes généraux, ne nous paraît point justifiée. Nous préférons l'explication donnée par M. Ducaurroy, n° 1127. Notre savant professeur conclut de divers textes (L. 49 ; l. 66, § 5 ; l. 85, ff. *eod.*) ce principe que, pour avoir l'action de vol sans être propriétaire, il faut au moins avoir la chose en ses mains, et que celui qui serait étranger à la détention comme à la propriété de l'objet volé, n'aurait pas cette action, quel que fût d'ailleurs son intérêt. Or, telle est la position de l'acheteur avant la tradition. Il n'est donc pas étonnant qu'il n'ait pas l'action de vol, et que, pour l'exercer, il ait besoin de se la faire céder par le vendeur, qui ne peut point lui en refuser la cession (voy. p. 465).

D. Comment se poursuit la restitution de la chose ?

R. Indépendemment de l'action de vol, qui est purement pénale (*tantum ad pœnæ persecutionem pertinet*) et quelle que soit la personne à qui cette action compète, le propriétaire (1) peut poursuivre la restitution de la chose, soit par

(1) Voy. p. 193. Le créancier gagiste est le seul qui, sans être pro-

la revendication, soit par l'action *ad exhibendum*, soit par la condiction furtive (1).—La revendication et l'action *ad exhibendum* s'exercent contre tout possesseur ou contre tout individu qui a cessé de posséder par dol (voy. p. 194 et 422) ; la condiction furtive se donne seulement contre le voleur ou ses héritiers, mais elle se donne contre eux lors même qu'ils ne possèdent pas, et que la chose est sortie de leurs mains par cas fortuit (2).

D. L'action de vol se donne-t-elle contre les héritiers du voleur ?

R. Non ; il en est ainsi de toutes les actions pénales qui s'éteignent à la mort du délinquant (voy. tit. XII ci-après).

TITRE II.—*De l'action des biens ravis par force.*

D. De quelle action est tenu celui qui s'est emparé d'une chose par violence ?

R. Celui qui s'est emparé d'une chose par violence était bien tenu de l'action du vol, car le rapt n'est qu'un vol exécuté avec violence ; mais les préteurs reconnaissant que le rapt est plus criminel que le vol simple, ont établi contre les ravisseurs une action particulière dite *vi bonorum raptorum*, qui se donne pour le quadruple pendant l'année, et pour le simple après l'année, soit que le coupable ait été pris ou non sur le fait (3).

priétaire, puisse poursuivre la restitution de la chose (L. 22, D. *de pign. act.*).

(1) Les actions qui ont pour objet la poursuite de la chose, se cumulent avec l'action *furti* qui a pour objet la poursuite de la peine, mais ne se cumulent pas entre elles (voy. pag. 194, en note).

(2) La condiction furtive est une condiction proprement dite. La condiction proprement dite ne se donne pas, en général, à celui qui est propriétaire ; car cette action personnelle a pour objet de se faire transporter une propriété, ce qui suppose qu'on n'était pas propriétaire (voy. p. 422) : mais ici on a admis une exception en haine des voleurs (voy. titre *des actions*).

(3) Il en résulte que lorsque le délinquant n'a pas été pris sur le fait, l'action *vi bonorum raptorum* aggrave la peine, car l'action de vol non manifeste ne serait que du double. Mais, dans le cas contraire, la peine serait allégée, si on n'avait contre le ravisseur que l'action *vi bonorum raptorum* : 1o parce que cette action est *mixte*, c'est-à-dire comprend dans le quadruple, non-seulement la peine, qui n'est réel-

D. Les personnes qui se mettent par force en possession des choses dont elles sont ou croient être propriétaires sont-elles passibles de l'action *vi bonorum raptorum* ?

R. Non ; elles ne sont passibles ni de l'action *vi bonorum raptorum*, ni de l'action de vol ; car, pour qu'il y ait vol ou rapt, il faut qu'il y ait eu intention frauduleuse (*dolo malo*, § 1). Mais de peur que cela ne devînt un prétexte pour les ravisseurs, et comme on ne doit jamais se faire justice à soi-même, les constitutions impériales ont décidé que celui qui s'emparerait de force de sa propre chose en perdrait la propriété ; et que celui qui s'emparerait de la chose d'autrui, lors même qu'il s'en croirait propriétaire, serait tenu, non seulement de la restituer, mais encore d'en payer l'estimation (1).

D. A quelle personne compète l'action *vi bonorum raptorum* ?

R. Cette action appartient, comme l'action de vol, à ceux qui ont intérêt à la conservation de la chose, peu importe d'ailleurs qu'ils aient cette chose *in bonis* ou *ex bonis* (2). Ainsi elle compète au locataire, au commodataire, au dépositaire qui s'est chargé de la surveillance, au possesseur de

lement que du *triple*, mais encore la restitution de la chose, qui n'est pas comprise dans l'action de vol manifeste ; 2o parce que l'action *vi bonorum raptorum* ne dure qu'un an pour le quadruple, tandis que l'action de vol manifeste est perpétuelle (*pr. de perpet. et temp.*) ; 3o parce que le quadruple ne se calcule pas, comme dans l'action du vol, sur l'intérêt du demandeur, mais sur la valeur réelle de la chose, valeur qui peut être inférieure à cet intérêt. Mais il faut remarquer qu'en créant une action particulière contre le rapt, le préteur n'a pas entendu refuser contre le ravisseur l'action de vol : la partie intéressée peut choisir l'une ou l'autre de ces actions ; elle choisira certainement la dernière lorsque le ravisseur aura été surpris dans une des circonstances qui caractérisent le vol manifeste.

(1) Ces constitutions s'appliquent non seulement à l'enlèvement de choses mobilières, mais encore à l'envahissement des immeubles. L'action *vi bonorum raptorum*, comme l'action de vol, n'avait lieu que pour les choses mobilières ; mais, dans l'ancien droit, on pouvait agir contre celui qui s'était emparé par force d'un héritage, en vertu de l'interdit *unde vi* (voy. tit. XV), ou en vertu de la loi Julia sur la violence publique ou privée (voy. tit. XVIII ci-après).

(2) Une chose est *in bonis*, lorsqu'on l'a à titre de propriétaire ; elle est *ex bonis*, lorsque, sans en être propriétaire, on a des droits ou une responsabilité qui seraient compromis par la perte de cette chose.

bonne foi, à l'usufruitier, etc. En général, l'enlèvement par violence donne lieu à l'action *vi bonorum raptorum*, dans tous les cas où la soustraction frauduleuse donnerait lieu à l'action *furti*.

TITRE III.—*De la loi* Aquilia.

D. Qu'est-ce que la loi *Aquilia ?*

R. C'est un plébiscite porté (R. 529) sur la proposition du tribun *Aquilius*, et qui a établi une action appelée *legis Aquiliæ*, à cause de son origine, ou *damni injuria*, parce qu'elle punit le dommage causé injustement (*damnum injuria factum ;* L. 3, ff. Ad leg. Aquil. 9, 2).

D. Quelles sont les dispositions de la loi *Aquilia* ?

R. Cette loi a trois chefs. Le premier porte que celui qui aura tué injustement (*injuria*) l'esclave d'autrui ou un quadrupède appartenant à autrui et compris sous la dénomination de bétail (*pecudum numero*) sera condamné à payer au propriétaire une somme égale à la plus haute valeur que la chose aura eue dans l'année.

D. Quels sont les quadrupèdes qui sont compris sous la dénomination de bétail ?

R. Ce sont ceux que l'on tient en troupeaux ; tels sont les chevaux, les mulets, les ânes, les moutons, les bœufs et les chèvres. Il en est de même des porcs (§ 1).

D. Pourquoi la loi dit-elle *tué injustement ?*

R. Parce que, pour être passible de l'action de la loi *Aquilia*, il ne suffit pas d'avoir commis un dommage, une diminution quelconque à la fortune d'autrui, il faut l'avoir causé en faisant ce qu'on n'avait aucun droit de faire (*nullo jure*, § 2). Ainsi, celui qui ne pouvant éviter autrement le danger, a tué le voleur qui l'attaquait n'est tenu d'aucune action.

D. Quid lorsqu'on tue un esclave par cas fortuit ?

R. On n'est pas tenu de l'action de la loi *Aquilia*, pourvu toutefois qu'on n'ait aucune espèce de faute à se reprocher (*nulla culpa*, § 3) ; car une faute, quelque légère qu'elle puisse être, suffirait pour nous rendre passibles de cette action, lors même que nous n'aurions pas eu l'intention de nuire. Si donc quelqu'un, en s'exerçant à lancer les javelots,

a percé un esclave qui passait, on distinguera si cet homicide a été commis par un militaire dans un lieu destiné aux exercices, ou s'il a été commis par une autre personne, ou par un militaire dans un lieu non destiné aux exercices : dans le premier cas, il n'y a pas eu faute, il n'y a point d'action ; dans le second cas, il y a faute, et la peine de la loi *Aquilia* est encourue (§ 4). De même si un élagueur, laissant tomber une branche, tue un esclave qui passait près de l'arbre, on distinguera si le fait s'est passé près d'un chemin ; dans ce cas, si l'ébrancheur n'a pas crié pour faire éviter l'accident, il est en faute et passible de l'action de la loi *Aquilia ;* s'il a crié, et que l'esclave n'ait pas pris soin d'éviter le danger, il n'y a aucune faute et point d'action. Cet ébrancheur ne serait point en faute, quoiqu'il n'ait pas crié, s'il travaillait dans un endroit éloigné du chemin ou au milieu d'un champ, parce qu'un étranger n'a pas le droit d'y venir (§ 5).—Pareillement le médecin qui a commencé une opération et qui, faute de l'avoir continuée, a causé la mort de l'esclave malade, est soumis à l'action *legis Aquiliæ* (§ 6).

L'impéritie et même la faiblesse produisent aussi une faute suffisante pour faire encourir la peine établie par la loi *Aquilia*, lorsqu'une personne entreprend ce qui surpasse son talent et ses forces, comme lorsqu'un médecin maladroit fait mourir un esclave par une mauvaise opération, ou lorsqu'un homme monte un cheval dont il ne peut ou ne sait pas retenir l'impétuosité (§§ 7 et 8).

D. Que résulte-t-il de ces termes de la loi : *la plus haute valeur que la chose aura eue dans l'année* ?

R. Il en résulte que si, par exemple, l'on vous a tué un esclave boiteux ou borgne, mais qui, dans l'année, qui a précédé sa mort, a été sans infirmité, l'on sera tenu, non pas de sa valeur dernière, mais de la plus haute valeur qu'il a eue dans l'année. C'est ce qui a fait considérer l'action de la loi *Aquilia* comme pénale, parce que la condamnation surpasse quelquefois l'estimation du dommage causé. Aussi cette action ne se donne pas contre les héritiers du délinquant (1), comme cela devrait avoir lieu si elle tendait uniquement à indemniser le demandeur (§ 9).

D. Dans l'application de la loi *Aquilia*, ne doit-on tenir

(1) Si ce n'est jusqu'à concurrence de ce dont ils seraient trouvés plus riches par suite du délit (L., 23, § 8, ff. *ad leg. Aquil.* 9, 2 ; voy. tit. XII ci-après).

compte au propriétaire que de la valeur de la chose en elle-même ?

R. La loi *Aquilia* ne s'était pas exprimée sur ce point ; mais on a décidé, par interprétation, qu'il fallait tenir compte au propriétaire, non seulement de la valeur absolue ou abstraite de la chose, mais de sa valeur relative résultant, par exemple, pour un esclave, de ce qu'étant institué héritier, il pouvait par son adition faire acquérir à son maître une hérédité ; et pour un cheval, de ce qu'il forme un quadrige qui se trouve dépareillé par sa mort.

D. Lorsqu'un esclave a été tué, le meurtrier ne peut-il pas être poursuivi par une autre voie que par l'action de la loi *Aquilia ?*

R. Oui ; le maître peut diriger contre le meurtrier, non seulement l'action de la loi *Aquilia* pour obtenir une condamnation pécuniaire, mais encore une accusation capitale (1).

D. Quel est le second chef de la loi *Aquilia ?*

R. Le second chef de la loi *Aquilia* établissait une action contre l'adstipulateur qui, pour frauder le stipulant, aurait fait remise de la dette au promettant en le libérant par une acceptilation. Ce second chef était tombé en désuétude du temps de Justinien (§ 12), qui avait rendu inutiles les adstipulations (voy. p. 450) ; il n'est venu à notre connaissance que par la découverte récente des *Institutes de Gaius* (§§ 215, 216).

D. Que porte le troisième chef de la loi *Aquilia ?*

R. Le troisième chef de la loi *Aquilia* établit une action pour tous les dommages autres que ceux spécifiés dans les deux premiers chefs. Ainsi, soit qu'on ait blessé un esclave, ou un quadrupède faisant partie du bétail, soit qu'on ait blessé ou même tué un quadrupède qui ne fait point partie du bétail, comme un chien, ou une bête sauvage, telle qu'un ours ou un lion, c'est de ce troisième chef que l'action résulte. C'est encore cette dernière partie de la loi qui punit

(1) En vertu de la loi Cornélia, *de sicariis* (voy. tit. XVIII ci-après). —Le voleur peut être aussi poursuivi, soit civilement, soit criminellement (L. *ult. de furt.*, 47, 2). Mais on sait qu'on ne s'occupe ici que des délits considérés comme délits *privés*, et non comme délits *publics* (voy. p. 498).

le dommage causé à tort sur tout autre animal, et même sur toutes les choses animées. En effet, c'est l'action établie par ce troisième chef qu'on donne contre celui qui brise, brûle, en un mot, détruit ou détériore d'une manière quelconque les objets appartenant à autrui (§ 12).

D. L'action établie par ce troisième chef ne s'applique-t-elle que lorsque le dommage a été commis par dol ?

R. Cette action comme celle qui résulte du premier chef, s'applique non seulement lorsqu'il y a eu dol, mais encore lorsqu'il y a eu une faute quelconque à imputer à l'auteur du dommage (§ 14).

D. A quoi est condamné l'auteur du délit prévu par le troisième chef de la loi *Aquilia* ?

R. Il est condamné à payer la plus haute valeur que l'objet a eue, non pas dans l'année, mais dans les trente jours qui ont précédé le dommage.—La loi n'avait pas dit expressément que ce fût *la plus haute valeur ;* elle avait dit simplement *la valeur* ; mais on a pensé, suivant l'avis de Sabinus, que le mot PLURIMI, exprimé dans le premier chef, avait été sous-entendu dans le troisième (§ 15).

D. La loi *Aquilia* donne-t-elle une action directe contre ceux qui ont occasionné le dommage autrement qu'avec leur corps ?

R. Non, l'action directe de la loi *Aquilia* ne se donne que lorsque le dommage a été causé par un corps sur un corps *(corpore corpus lœsum*, § 16 *in fine)* ; le dommage causé à un corps de toute autre manière ne donnerait lieu qu'à l'action *utile*. En effet, la loi *Aquilia* punit le dommage fait *(damnum factum)*, ce qui, exactement parlant, signifie le dommage, non pas occasioné indirectement, mais causé par une personne *corpore suo*, c'est-à-dire en touchant la chose, soit avec une partie quelconque du corps, soit avec un instrument qu'elle tenait elle-même. Ce n'est donc que par analogie, par extension, qu'on a appliqué la loi *Aquilia* à celui qui a causé un dommage d'une autre manière, par exemple, en enfermant l'esclave ou le bétail d'autrui jusqu'à ce qu'il meure de faim. Ainsi il y aurait lieu à l'action *directe* de la loi *Aquilia* si l'on avait poussé l'esclave d'autrui du haut d'un pont ou de la rive d'un fleuve où il s'est noyé ; il n'y aurait lieu qu'à l'action *utile*, si l'on avait seulement persuadé à l'esclave de descendre dans un puits ou de monter sur un arbre d'où il est tombé.

Si le dommage n'était fait ni corporellement, ni sur un corps ; si, par exemple, quelqu'un, touché de compassion, déliait l'esclave d'autrui pour le mettre en état de fuir le courroux de son maître, il n'y aurait lieu ni à l'action directe ni à l'action utile de la loi *Aquilia* ; mais on pourrait intenter une action *in factum*, que le préteur accorde à celui qui a injustement souffert un dommage dans des conditions autres que celles prévues par la loi *Aquilia* (1).

TITRE IV. — *Des injures.*

D. Qu'est-ce qu'on entend par *injuria ?*

R. Le mot *injuria* indique généralement tout ce qui est contre le droit (*quod non jure fit*) ; pris dans un sens spécial, ce mot signifie tantôt une chose préjudiciable à autrui, comme dans la loi *Aquilia* (*damnum injuriæ* ou *injuria datum*), tantôt une injustice commise par un magistrat ou un juge (*iniquitas et injustitia*), tantôt enfin un affront, un outrage, et c'est dans ce dernier sens qu'il est employé dans ce titre.

D. D'où résulte l'injure ?

R. L'injure résulte de tout fait par lequel une personne offense avec intention (*dolo malo*) une autre personne, soit par paroles, soit par une action quelconque, comme lorsqu'on porte atteinte à l'honneur, à la réputation de quelqu'un par des propos offensants, ou par des libelles diffamatoires, ou en faisant afficher les biens d'un prétendu débiteur pour une dette qu'on sait bien ne pas exister ; lorsqu'on attente de quelque manière à la pudeur d'une personne, par exemple en affectant de suivre une femme de bonnes mœurs (*matrem familias* ; voy. L. 36, § 1, ff. *de verb. sig.*, 50, 16),

(1) De même que, dans des circonstances qui ne caractérisaient pas précisément un contrat nommé, on recourait à une action *in factum*, de même, lorsque certains faits dommageables ne rentraient pas dans les cas prévus par une loi pénale et ne pouvaient pas, par conséquent, donner lieu à l'action spéciale au délit puni par cette loi, on recourait à l'action générale *in factum* (voy. p. 493 ; voy. aussi le tit. v, ci-après).

Toutefois, M. Demangeat pense que l'action *in factum* dont il s'agit ici, appelée *actio utilis* par les rédacteurs du § 16 *De lege Aquilia* doit conserver les caractères particuliers de l'action *legis Aquiliæ*. Voy. ses motifs tom. II, p. 405 et 406.

ou un jeune garçon portant encore la robe prétexte (1).

D. N'est-ce que par nous-mêmes que nous pouvons recevoir une injure ?

R. Nous pouvons recevoir une injure, non seulement par nous-mêmes, mais encore par les personnes que le délinquant sait être placées sous notre puissance ou sous notre protection. Ainsi, lorsqu'on injurie un fils de famille, le père a deux actions, l'une de son chef, pour l'injure à lui faite, l'autre du chef de son fils, pour l'injure faite à ce dernier. En injuriant une femme, on pourrait injurier l'ascendant à la puissance duquel elle serait soumise, et en outre son mari ; le même fait pourrait donc donner lieu à trois actions, et même à quatre, si la femme injuriée était la femme d'un fils de famille ; car alors l'injure tomberait jusque sur le père du mari. L'injure faite au mari ne s'étend pas à la femme ; car le mari ne doit pas être sous la protection de sa femme, mais celle-ci sous la protection de son mari (§ 2).

D. Qui est-ce qui est réputé souffrir l'injure faite à un esclave ?

R. L'esclave est réputé ne pas recevoir personnellement l'injure (2) ; il n'y a que son maître qui peut en être offensé ; encore celui-ci n'est pas aussi facilement réputé recevoir une injure par son esclave que par son fils de famille ; il faut que l'excès auquel on s'est porté entraîne évidemment affront pour le maître. Si donc on avait adressé à l'esclave des propos offensants, si même on ne lui avait donné qu'un coup de poing, il ne serait accordé aucune action ; mais si on l'avait battu outre mesure, le maître serait considéré comme offensé, et obtiendrait une action (§ 4).

D. Si l'esclave injurié a plusieurs maîtres, chacun d'eux agira-t-il en raison de la part qui lui appartient dans l'esclave ?

R. Non ; chacun des maîtres exercera une action particulière pour venger son injure propre, et chacun dès lors, obtiendra une condamnation proportionnée à sa considération personnelle (§ 5).

D. Lorsque l'esclave injurié appartient en nue propriété à

(1) Les adolescents de l'un et l'autre sexe quittaient cette robe en se mariant, ou après avoir accompli leur seizième année.

(2) Du moins dans la rigueur du droit civil ; mais on a établi une exception dans certains cas (voy. M. *Ducaurroy*, nº 1140).

une personne, et en usufruit à une autre, à qui l'injure est-elle réputée faite ?

R. Elle est réputée faite au nu propriétaire, du moins en général (*magis*) ; car elle tomberait sur l'usufruitier si telle avait été l'intention de l'injuriant.

D. La même distinction s'applique-t-elle au possesseur de bonne foi ?

R. Oui ; le possesseur ne pourrait se prétendre injurié qu'autant que le délinquant aurait eu l'intention de l'offenser, en injuriant la personne libre ou l'esclave d'autrui qu'il possède de bonne foi ; en général, c'est uniquement à la personne libre elle-même, ou au maître de l'esclave, que l'action d'injure appartient.

D. Comment peut-on agir en réparation d'injure ?

R. On peut agir au criminel ou au civil (§ 10) ; au criminel, pour faire prononcer une peine afflictive (1) ; au civil, pour obtenir une condamnation pécuniaire, en exerçant, soit l'action créée par le préteur, et qu'on appelle pour cela action d'injure *honoraire* (2), soit l'action civile établie, pour certain cas, par la loi Cornélia (§ 7).

D. Lorsqu'on intente l'action honoraire, comment se règle le montant de la condamnation ?

R. Il se règle suivant l'estimation faite par le demandeur lui-même, estimation que le juge ne peut excéder, mais qu'il peut cependant restreindre, en ayant égard au rang et au mérite de l'injurié.

D. Dans quel cas se donne l'action de la loi Cornélia ?

R. Elle se donne lorsqu'on a battu ou maltraité quelqu'un, ou lorsqu'on a violé son domicile (*domum*, § 8). Dans

(1) Dans les procès criminels, on ne peut accuser ni se défendre par procureur ; mais Zénon a admis, dans les procès pour injure, une exception en faveur des personnes illustres (§ 10).

(2) D'après la loi des Douze Tables, la peine des injures était, pour un membre rompu, le talion ; pour un os fracturé ou froissé, la peine était de 300 as s'il s'agissait d'un homme libre, et de 150 as seulement s'il s'agissait d'un esclave. La peine de toute autre injure n'était que de 15 as. Les peines pécuniaires, dit *Gaius*, 3, § 223, semblaient devoir suffire à une époque où la pauvreté était grande. Mais toutes ces dispositions ont cessé d'être en usage lorsque les préteurs ont introduit leur action d'injure.

ce cas, l'évaluation de la condamnation est abandonnée à l'arbitrage du juge (L. 37, § 1, ff. h. t.).

D. Quand est-ce que l'injure devient grave (*atrox*) ?

R. L'injure est considérée comme grave, soit à raison du fait en lui-même, par exemple, lorsqu'il s'agit de blessures ou de coups ; soit en raison du lieu, lorsque l'injure, par exemple, a été commise au théâtre ou dans le Forum, ou en présence du préteur ; soit à raison de la personne injuriée, par exemple, lorsque l'injure a été faite à un magistrat ou à un sénateur par une personne de basse condition, lorsqu'un individu a injurié son ascendant ou son patron : enfin, à raison même de la partie du corps où la blessure aurait été faite, comme si quelqu'un a été blessé à l'œil. Il importe peu du reste, qu'une telle injure ait été faite à un père ou à un fils de famille ; cette circonstance n'ajoute et n'ôte rien à la gravité de l'injure (1).

D. N'y a-t-il que celui qui a commis l'injure par lui-même qui soit passible de l'action ?

R. Celui-là en est encore passible qui a fait commettre l'injure par une autre personne agissant à son instigation ou par ses ordres (§ 11).

D. Comment s'éteint l'action d'injure ?

R. L'action d'injure s'éteint par la rémission même tacite, par exemple, lorsque l'injurié néglige d'agir, soit dans le temps fixé, c'est-à-dire dans l'année, soit avant de mourir (voy. tit. XII ci-après).

L'action d'injure ne naît point lorsque l'injurié n'en a point conçu de ressentiment ; celui donc qui a méprisé une injure,

(1) Justinien ne dit pas quelle est l'importance qu'il y a à distinguer quand l'injure devient *atrox* ; Gaius (III, § 224) indique, dans la procédure, une différence qui probablement n'existait plus du temps de Justinien, car l'empereur n'en parle point ; et, s'il a, néanmoins, désigné les circonstances qui aggravent l'injure, nous pensons que c'est pour montrer quelles sont les considérations d'après lesquelles le juge devra arbitrer le montant de la condamnation : c'est ce qui nous paraît résulter de ces termes du texte : *Aliter enim senatoris et parentis patronique, aliter extranei humilis et personæ injuria æstimatur.* Nous savons, du reste, que l'affranchi ne peut agir contre son patron, l'enfant contre l'ascendant à la puissance duquel il n'est pas soumis, que pour injures graves (L. 7, §2 et 4, ff. *h. t.*).

ou a paru ne pas la sentir, ne peut point revenir sur une offense abandonnée.

TITRE V. — *Des obligations qui naissent comme par un délit.*

D. Quand est-ce que les obligations naissent comme par un délit ?

R. Les obligations naissent comme par un délit, toutes les fois que les faits *dommageables et illicites* qui les produisent n'ont pas été spécialement prévus par une disposition législative, et pourvus d'une action qui leur soit propre.—Il y a, effectivement, en dehors des délits passibles, soit de l'action de vol, soit de l'action de la loi *Aquilia*, soit de toute action spéciale, des faits répréhensibles, dont la punition peut être poursuivie par une action générale et commune, par l'action *in factum*. On dit alors que l'obligation naît *quasi ex delicto*, pour exprimer que le fait d'où elle dérive, quoique n'ayant pas été caractérisé comme délit par une loi spéciale et par une action qui lui soit propre, produit des conséquences semblables à celles que produirait un délit (voy. ci-devant p. 496).

D. Citez-nous des exemples où l'obligation naît *quasi ex delicto ?*

R. Les *Institutes* citent, comme exemples, le cas où le juge a fait le procès sien (*si judex litem suam fecerit ; pr.*) ; le cas où l'on a jeté ou répandu quelque chose d'une habitation sur la voie publique (*si dejectum, effusumve aliquid est*, § 1) ; celui où l'on a suspendu ou posé quelque chose dont la chute sur la voie publique pouvait offrir du danger aux passants (*positum aut suspensum habet*, § 1) ; celui où un vol ou un dommage a été commis dans un navire ou dans une auberge (§ 3).

D. Quand est-ce que le juge *fait le procès sien ?*

R. Le juge fait le procès sien lorsqu'il rend une sentence en fraude de la loi, soit à mauvais dessein (*dolo malo*, L. 15, D. *de judic.* 5, 1), c'est-à-dire par haine, par faveur ou par corruption, soit même par ignorance (*licet per imprudentiam*) (1). On dit qu'il *fait alors le procès sien*, parce qu'étant

(1) C'est-à-dire, suivant nous, par erreur de droit ; voy. L. 1, § 2, D. liv. XLIX, tit. VIII.

responsable de sa sentence, il détourne sur lui le péril du procès.—La partie lésée par la sentence inique obtient contre le juge une action *in factum* qui le fait condamner à une indemnité arbitrée par le juge devant lequel cette action est portée (*in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur*) (1).

D. Ce procès fait au juge ne viole-t-il pas l'autorité de la chose jugée ?

R. Non ; car la chose jugée n'a d'autorité qu'entre les mêmes parties ; or, le juge, qui est défendeur dans le nouveau procès, n'était point partie dans le premier.

D. D'où venait la sévérité dont on usait envers le juge qui avait commis une erreur de droit ?

R. Elle venait de ce que le juge avait, pour se guider, les termes mêmes de la formule qui déterminait ses pouvoirs, et qu'il pouvait, s'il était embarrassé, consulter les prudents, autorisés à répondre officiellement sur le droit (voy. p. 55 et 99), ou le magistrat qui avait délivré l'action, et par là, sans doute, éviter la responsabilité qui résulterait d'une erreur de droit (voy. M. Ducaurroy, n° 1147).

D. Pourquoi le dommage causé par l'impéritie ou l'imprudence d'un médecin constituait-il un délit (voy. p. 510), tandis que le tort causé par la sentence du juge prévaricateur ne produit qu'une obligation *quasi ex delicto* ?

(1) Sous l'Empire, la partie qui avait succombé dans un procès pouvait, en général, interjeter appel de la sentence (voy. p. 47 et 53), mais seulement pendant un certain délai. En quelques cas, cette voie n'était pas nécessaire. Tel était le cas où la sentence contenait une violation formelle de la loi (L. 19, D. *de appel.*, 49, 1 ; l, 1, § 2, D. *quæ sent. sine appel*, 49, 8) ; la sentence était alors considérée comme non avenue, et l'on pouvait recommencer de nouveau le procès (*causa denuo induci potest*), c'est-à-dire, dans la procédure *formulaire*, demander au magistrat une nouvelle action, sans avoir besoin de recourir à l'appel (*et sine appellatione*), ou même après un appel interjeté, si cet appel avait été rejeté par prescription (*et præscriptione summotus sit*). Il en était de même dans le cas d'une sentence vénale, obtenue d'un juge par corruption (*Venales sententias... etiam citra interpositæ provocationis auxilium..., infirmas esse decretum est*, L 7, C. *quando provoc. non est necess.*,7, 64).—La partie qui avait, soit le droit d'appel, soit le droit de faire considérer la sentence comme nulle, n'en avait pas moins la faculté de poursuivre le juge prévaricateur ou ignorant, s'il préférait attaquer celui-ci plutôt que de recommencer un nouveau procès avec son adversaire.

R. C'est que (comme nous l'avons dit p. 498) l'intention coupable, le dol, n'était pas ce qui caractérisait le délit en droit romain, et que, si le dommage fait par le médecin inhabile constituait un délit, même quand on n'avait aucune mauvaise intention à lui reprocher, c'est que ce dommage résultait d'une lésion faite à un corps (*corpus læsum*), ce qui rentrait dans les prévisions de la loi *Aquilia*, et autorisait l'exercice de l'action instituée par cette loi ; tandis que l'injustice de la sentence ne détruit ni ne détériore aucun objet corporel, ce qui, ne permettant pas de lui appliquer l'action spéciale de la loi *Aquilia*, ne la rend passible que d'une action *in factum* imitant dans ses effets cette action, et née *quasi ex delicto*.

D. Quelle est l'obligation qui résulte de ce qu'on a jeté ou répandu quelque chose sur la voie publique, et par quelle action cette obligation est-elle poursuivie ?

R. Lorsqu'un objet quelconque a été jeté ou répandu d'un appartement sur la voie publique, et qu'il en est résulté du dommage pour quelqu'un, le chef de famille qui habite l'appartement, soit comme propriétaire, soit comme locataire, soit gratuitement, est tenu de payer le double du dommage causé ; si la chute de l'objet a causé la mort d'un homme libre, la peine est de cinquante écus d'or (*quinquaginta aureorum*) ; si la personne n'a pas été tuée, mais seulement blessée, la fixation de la peine est abandonnée à l'équité du juge, qui prend en considération, soit les dépenses nécessitées par l'accident, soit l'incapacité de travail qu'il peut entraîner. —La peine est poursuivie par une action *in factum* (1).

D. Quelle est l'obligation qui résulte de ce qu'on a posé en dehors ou suspendu sur la voie publique un corps dont la chute pouvait être nuisible à quelqu'un ?

R. Celui qui a posé ou suspendu, ou celui qui a souffert qu'on posât ou qu'on suspendît ce corps à l'extérieur de son appartement, est tenu, sans que rien soit tombé, et par conséquent sans qu'il soit arrivé de dommages, de payer dix

(1) Remarquez que cette action *in factum* est fondée, non pas sur ce que le maître du logis aurait lui-même jeté ou répandu les objets qui ont causé le dommage, car alors il y aurait délit prévu par la loi *Aquilia*, et c'est par l'action instituée par cette loi qu'on le poursuivrait ; mais sur ce qu'il y a faute de sa part à n'avoir pas surveillé les gens de sa maison de manière à empêcher qu'on ne jetât rien de chez lui.

écus d'or. L'action *in factum* qu'on donne contre lui est *populaire*, c'est-à-dire que tout citoyen a droit de l'intenter.

D. Si un fils de famille a une habitation séparée de son père, et qu'il ait été jeté ou suspendu quelque chose de son appartement, ou qu'il ait quelque chose de placé ou de suspendu sur la voie publique, peut-on diriger l'accusation contre son père ?

R. Non, parce que le père n'est point en faute ; mais c'est le fils qui est tenu de l'action *in factum*. Il n'y a pas même lieu contre le père à l'action *de peculio*, parce que cette action ne se donne jamais par suite des obligations pénales (voy. tit. *des actions*). De même si le fils de famille a rendu par impéritie une sentence injuste, le père n'est passible d'aucune action, et le fils reste seul obligé.

D. Quelle est l'obligation qui résulte du vol ou du dommage causé dans un navire ou dans une auberge ?

R. Le maître du navire ou l'aubergiste est tenu, par une action *in factum*, de payer le double, quoiqu'il ne soit pas l'auteur du vol ou du dommage, lorsqu'ils ont été commis par des personnes employées dans son établissement (1), parce qu'il est en faute pour avoir pris à son service de malhonnêtes gens.

D. L'action *in factum* dont il s'agit ici passe-t-elle aux héritiers ?

R. Elle passe bien aux héritiers de celui qui a souffert le dommage, mais non contre les héritiers de celui qui en est tenu.—C'est en cela principalement que les obligations dont on s'occupe dans ce titre sont assimilées à celles qui résultent des délits (voy. p. 412).

Titre VI. — *Des actions.*

D. Comment se rendait la justice à Rome ?

R. Il y a eu successivement à Rome trois systèmes de pro-

(1) Si le vol ou le dommage avait été commis par une personne étrangère au service du navire ou de l'auberge, il y aurait lieu à une autre action *in factum*, en indemnité ; mais l'obligation du capitaine ou de l'aubergiste naîtrait alors plutôt *quasi ex contractu* que *quasi ex delicto* ; car l'action ne serait point pénale et se donnerait contre ses héritiers (L. 3, § 4, ff. *naut. camp. stab.*, 4, 9).

cédure différents : 1o *les actions de la loi* qui furent abolies, du moins en partie (1), par la loi *Ælbutia* et par les deux lois *Julia* (2) ;—2o la *procédure par formules*, qui, introduite par les lois précitées, subsista jusqu'à Dioclétien ;—3o la procédure dite *extraordinaire*, qui fut pratiquée depuis cet empereur. Ces trois systèmes ne se succédèrent pas brusquement, mais par des transitions lentes et graduelles ; et l'on reconnaît fréquemment l'influence du premier sur le second, de même qu'on ne saurait s'expliquer la procédure *extraordinaire* que par les traditions de la procédure formulaire.

D. Quel était le caractère commun de la procédure par les *legis actiones*, et de la procédure par les *formulæ* (3) ?

R. Le caractère commun à ces deux systèmes de procédure, caractère qui les distingue des *judicia extraordinaria* en usage sous les derniers empereurs, c'est qu'ils constituaient, ce que nous appellerions le *jugement par jurés*, c'est-à-dire qu'ordinairement le magistrat ne statuait pas définitivement sur le litige, et qu'après avoir déterminé, comme organe de la loi, les conséquences juridiques des faits allégués, soit par le demandeur, soit par le défendeur, et après avoir posé, en conséquence, la question d'où devait dépendre la condamnation ou l'absolution du défendeur *(jus dicere)*, il renvoyait la solution de cette question, la vérification des allégations contradictoires des plaideurs, à un ou plusieurs juges ou jurés *(judex arbiter, recuperatores)*, pris parmi les simples citoyens (4) et chargés de prononcer la sentence *(judicare)* ; ce qui

(1) *En partie.* En effet, la loi *Ælbutia* et les deux lois *Julia* laissèrent subsister les *actions de la loi*, pour le cas où le litige était porté devant les centumvirs, et pour le cas où l'on réclamait contre un danger imminent (*damni infecti*. Voy. *Gaius*, 4, 34). Ajoutons qu'on continua jusque sous les empereurs chrétiens à employer la forme des *legis actiones* dans les actes de la juridiction volontaire, tels que l'affranchissement par la vindicte, la *cessio in jure*, l'adoption, l'émancipation, etc.

(2) La loi *Ælbutia* est antérieure à Cicéron (voy. *Introd.*, p. 43) ; les deux lois *Julia*, qui complétèrent sans doute la réforme commencée par la première, datent du règne d'Auguste (voy. p. 52).

(3) Nous verrons, plus tard, quel est le caractère distinctif de ces deux modes de procédure.

(4) Le *judex* ou l'*arbiter* était pris dans une liste qui, composée d'abord de 300 patriciens, subit diverses modifications que nous expliquerons, p. 529.

divisait la procédure en deux parties : l'instance devant le magistrat *(in jure)*, et l'instance devant le juge *(in judicio)* (1).

D. Quel était le magistrat devant lequel était portée l'action ?

R. A Rome, et entre citoyens romains, c'était devant le préteur. Ce magistrat fut d'abord le seul appelé à statuer sur toutes les contestations. On institua plus tard un second préteur (voy. introd. p. 35), *Prætor peregrinus*, et c'était devant lui qu'étaient portés les litiges entre citoyens et étrangers, ou entre étrangers.

Dans les provinces, c'était devant le Président de la province.

D. Qu'est-ce que c'était que les *actions de la loi ?*

R. Les *actions de la loi* étaient des formes solennelles de procéder, composées de gestes et de paroles déterminés avec une si rigoureuse précision, que la moindre erreur, le moindre changement dans les termes consacrés, pouvait entraîner la perte du procès (voy. p. 31). Il y avait cinq *actions de la loi :* le *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio* et la *pignoris captio.*

D. Donnez-nous quelques détails sur chacune de ces procédures solennelles ?

R. I. Le *sacramentum* consistait en une espèce de gageure, faite en présence du magistrat avec des gestes et des paroles sacramentelles, et à la suite de laquelle chacun des plaideurs déposait entre les mains du pontife une somme qu'on appelait *sacramentum*, parce qu'elle était perdue pour celui qui succombait dans le procès, et confisquée pour les besoins du culte *(ad sacra publica)* (2).—Dans la suite, au lieu de faire

(1) Cette division du procès entre le magistrat et le juge ou juré est fort ancienne ; elle est certainement antérieure à la loi des Douze Tables, puisque l'une des actions consacrées par cette loi avait pour but direct, comme nous allons le voir, la *judicis postulatio*. Etait-elle en usage sous les rois, sous les premiers rois surtout ? C'est un point débattu. Ce qu'il y a de certain, c'est que les premières notions un peu exactes que nous possédions sur la procédure romaine, supposent l'existence de cette institution : c'est d'ailleurs la seule manière de comprendre comment un si petit nombre de magistrats pouvait suffire à l'administration de la justice (voy. *Introd.*, p. 22, 42, 31 et 63).

(2) Le montant du *sacramentum* était fixé par la loi des Douze Tables, il était de 500 as quand la valeur du litige était de 100 as, et

consigner réellement le montant du *sacramentum*, le préteur admit les parties à fournir de simples garanties *(prædes)* pour en assurer le recouvrement au trésor public *(prædesque eo nomine prætori dabantur. Gaius*, 4, 13). L'action par le *sacramentum* était générale, en ce sens que c'était à cette forme d'engager l'affaire qu'on recourait lorsque la loi n'avait pas autorisé une marche particulière ; elle s'appliquait à la réclamation d'un droit réel *(in rem)*, tout comme à la demande relative à une obligation *(in personam)* ; seulement les cérémonies qui accompagnaient le *sacramentum* n'étaient pas les mêmes dans les deux cas (1). Les formalités du *sacramentum* accomplies, les parties demandaient un juge, que le magistrat ne leur accordait toutefois qu'après un délai de trente jours. Quand il s'agissait d'une question de propriété, avant d'instituer le juge ou juré, le magistrat décidait auquel des plaideurs appartiendrait la possession provisoire de l'objet en litige, ce qu'on appelait *vindicias dicere :* celui qui obtenait cette possession devait garantir à son adversaire la restitution de la chose et des fruits *(prædes litis et vindiciorum)* au cas où celui-ci gagnerait sa cause.

II. La partie du manuscrit de Gaius qui exposait les formes et les règles de la *judicis postulatio* manque entièrement, en sorte qu'on est réduit à des conjectures sur ce point. On sait seulement que dans cette *action de la loi*, chaque partie s'adressait au magistrat, en disant : *judicem (arbitremve) postulo uti des* (2). Il est probable que la *judicis postulatio* avait été imaginée pour autoriser les parties, dans certains cas exceptionnels, à demander directement un juge, sans être assujetties à faire aucune consignation analogue au *sacramentum*.

III. La *condictio*, moins ancienne encore que les autres actions de la loi, fut une autre dérogation à la forme primitive et ordinaire de la procédure. Ordinairement, en effet, la

au-dessous de 50 seulement quand la valeur était inférieure ou quand il s'agissait de liberté, *Gaius*, IV, 14.

(1) Dans les procès relatifs à la propriété, la *vindicatio* se faisait au moyen d'un duel simulé, les deux parties feignant de se disputer l'objet du litige (*vindiciæ*) jusqu'à ce que le magistrat interposât son autorité (voy. *Introd*, p. 31). Les plaideurs se provoquaient ensuite, en termes consacrés, à déposer le *sacramentum*, et la procédure suivait sa marche ordinaire.

(2) Cette formule : J. A. V. P. U. D. nous a été conservée par Valerius Probus.

procédure commençait par l'*in jus vocatio*, c'est-à-dire que le demandeur appelait en termes consacrés, et au besoin entraînait son adversaire devant le magistrat (voy. p. 406). Là, il exposait solennellement sa demande et remplissait, ainsi que le défendeur, les formalités particulières, soit au *sacramentum*, soit, dans les cas exceptionnels, à la simple *judicis postulatio*. Puis, le magistrat ajournait les parties à se présenter de nouveau devant lui trente jours après pour la nomination du juge : les parties s'engageaient l'une envers l'autre à ne pas faire défaut au jour indiqué *(vadimodium)* (1). Pour éviter cette première comparution devant le magistrat, ainsi que les formalités qui en étaient la suite, on autorisa le demandeur à dénoncer extrajudiciairement au défendeur l'objet de sa réclamation, en le sommant de se présenter le trentième jour devant le magistrat pour y recevoir un juge *(actor adversario denunciabat, ut ad judicem capiendum die* XXX *adesset. Gaius* IV, 18). Cette dénonciation se faisait sans doute en termes solennels ; elle était suivie probablement des garanties mutuelles que les parties se donnaient, *privatim*, de se présenter *in jus* au jour indiqué. C'est elle qui paraît avoir donné son nom à cette forme sommaire de procéder qu'on appela condiction (2), et qui fut exclusivement applicable aux actions personnelles dans lesquelles on soutenait que le défendeur était tenu de donner une chose certaine *(qua intendimus* DARE NOBIS OPORTERE. *Gaius*, IV, 18) (3).

IV et V. Quant à la *manus injectio* et à la *pignoris captio*, elles étaient des moyens d'exécution, la première sur la per-

(1) On appelait *vades* les personnes qui se portaient caution de l'exécution du *vadimodium*.

(2) *Condicere*, dit Festus, *est dicendo denuntiare. Condicere* signifie aussi convenir (voy. L. 66, D. 18, 1). Le nom *condictio* viendrait donc, à proprement parler, de ce que les parties convenaient, hors de la présence du magistrat, de se rendre le trentième jour devant lui, pour y recevoir un juré.

(3) La *condictio*, introduite postérieurement à la loi des Douze Tables par la loi *Silia*, ne s'appliquait d'abord qu'aux actions qui avaient pour objet une somme déterminée (*certæ pecuniæ*) ; elle fut ensuite étendue par la loi *Calpurnia* (an 520 de R.) à toute action personnelle ayant pour objet une chose certaine quelconque (*de omni certa re ; Gaius*, IV, 19). — Dans la procédure formulaire, on conserva le nom de condiction à l'action dont la formule était caractérisée par les mots : *Si paret dare oportere*, qui rappelaient les termes usités dans l'ancienne *condictio*. Voy. p. 423.

sonne, la seconde sur les biens du débiteur.—La *manus injectio* avait été primitivement établie comme voie ordinaire d'exécution forcée des jugements (*judicati*) (1).

Elle fut étendue ensuite à divers autres cas où le créancier fut autorisé à agir comme s'il y avait eu jugement *(pro judicato)*. Elle avait pour effet de placer le débiteur *(addictus, adjudicatus)* dans une sorte d'esclavage qui durait jusqu'à ce que la dette fût payée (2).—La *pignoris captio*, qui consistait dans la saisie réelle d'une chose appartenant au débiteur, saisie faite d'autorité privée, n'avait lieu que dans un petit nombre de cas déterminés (3) ; le débiteur ne pouvait alors recouvrer la chose prise en gage qu'en donnant satisfaction au créancier.

D. Qu'est-ce que la procédure *par les formules?* En quoi diffère-t-elle de celle du *legis actiones?*

R. Ce qui caractérise la procédure formulaire, ce n'est pas précisément le renvoi de l'affaire à un juge ou juré, puisque, comme nous l'avons vu, ce renvoi était déjà en usage dans le système des *actions de la loi* ; mais c'est, d'une part, que les parties n'ont plus de gestes solennels à exécuter ni de paroles sacramentelles à prononcer *in jure* ; c'est, d'un autre côté, la rédaction de la *formule* ou instruction écrite, par laquelle le magistrat, en instituant le juge, détermine l'étendue de ses pouvoirs et les questions qu'il aura à résoudre (4).

(1) Anciennement, en effet, et sauf les cas exceptionnels où l'on avait autorisé la *pignoris captio*, le créancier n'avait pas le droit d'exécution directe sur les biens. Mais on forçait indirectement le débiteur à vendre ses biens pour éviter la *manus injectio*. Ce ne fut que plus tard que les prêteurs introduisirent la *missio in possessionem bonorum*. Voy. p. 407.

(2) Voyez ce que nous avons dit sur la *manus injectio* et sur l'*addictio* qui en était la suite, p. 25, 31, 102 et 407.

(3) Le privilège de la *pignoris captio* n'appartenait qu'à quelques créances favorisées dans un intérêt public. Ainsi, dans l'intérêt du culte, on le donnait contre celui qui, ayant acheté une victime, n'en payait pas le prix. Dans l'intérêt du service militaire, la *pignoris captio* était permise aux soldats contre celui qui, d'après l'assignation faite par le tribun de l'*ærarium*, leur devait fournir la solde, ou le prix du cheval et du fourrage (*æs militare. æs equestre, æs hordearium*). Gaius nous apprend aussi (IV, §§ 26 à 29) qu'on accordait la *pignoris captio* aux publicains pour le recouvrement des impôts.

(4) Anciennement, c'est-à-dire quand les *actions de la loi* étaient en vigueur, le magistrat n'était pas dans l'usage de constater par

La *formule* est devenue, en effet, dans le système introduit par la loi *Ælutia*, l'acte important de la procédure. C'est par la *formule*, c'est-à-dire en combinant et en variant avec un art infini les termes de cette ordonnance de renvoi, que les préteurs et les jurisconsultes firent passer dans la pratique les innovations et les développements que le droit romain reçut pendant la période la plus brillante de l'histoire juridique (voy. *Introd.*, p. 40).

D. N'est-il pas dès lors très-important de connaître la procédure formulaire ?

R. Oui ; la procédure formulaire est véritablement la clef du droit romain ; c'est à ce système de procédure que se rapportent les écrits des jurisconsultes classiques qui ont servi à la composition du *Digeste* et des *Institutes*. Sans son intelligence, il est impossible de bien comprendre ce que les textes nous disent notamment sur les *obligations*, les *actions* et les *exceptions*.

D. Faites-nous connaître succinctement quelle était la marche de la procédure sous le système formulaire ?

R. I. La procédure commence, comme précédemment, par l'*in jus vocatio*, c'est-à-dire par la sommation faite par le demandeur au défendeur, de le suivre devant le magistrat chargé de la juridiction : le préteur à Rome, le président

écrit la question soumise au juge. Mais les parties avaient la précaution de prendre des témoins qui pussent rapporter au juge quels étaient les termes et la nature de la mission qui lui était confiée. Et l'on appelait *litis contestatio* l'invocation solennelle que les plaideurs adressaient à ces témoins, lorsque le juge était institué, et le point à débattre devant lui déterminé par le magistrat : *Contestari litem*, dit Festus, *dicuntur duo aut plures quod ordinato judicio, utraque pars dicere solet :* TESTES ESTOTE.—L'usage d'appeler des témoins finit par disparaître, comme inutile, quand les pouvoirs du juge furent déterminés dans une formule écrite. Le nom de *litis contestatio* fut néanmoins conservé, bien qu'il n'y eût plus d'invocation aux témoins, pour exprimer la phase de la procédure où cette invocation avait lieu autrefois. Il y eut *litis contestatio* par la délivrance de la formule, laquelle, en effet, constate la clôture et le résultat du débat qui s'est passé *in jure*, devant le magistrat. —La loi I, C. *de litis contest.* 3, 9, qui ferait supposer que la *litis contestatio* avait lieu *in judicio*, est unanimement regardée comme interpolée par Tribonien pour l'accommoder au système des *judicia extraordinaria*, où il n'y a plus ni *judex*, ni formule, et où la *litis contestatio* ne peut plus résulter que des conclusions prises par les parties devant le magistrat qui doit les juger.

dans les provinces (1). Si le défendeur refuse, le demandeur peut encore l'y contraindre par la force ; mais ce principe a reçu des adoucissements, soit en faveur de certaines personnes que leur dignité ou le respect devait mettre à l'abri de cette mesure violente (2), soit pour quelques époques privilégiées (3). L'emploi direct de la force, quoique toujours reconnu par la loi, devint d'ailleurs inutile, depuis que le préteur eut établi une amende et une action *in factum* (4) contre celui qui, cité *in jus*, refusait de suivre son adversaire. Enfin, le défendeur pouvait se dispenser momentanément de se rendre devant le magistrat, en donnant caution de s'y présenter au jour convenu (5).—En appelant son adversaire *in jus*, le demandeur n'était pas tenu de lui faire connaître l'objet de sa poursuite, avant d'avoir comparu devant le magistrat. Mais l'usage de dénoncer au défendeur la nature et l'objet de la demande (*litis denonciatio*), et de s'engager mutuellement à se rendre à jour fixe *in jus*, devenait de plus en plus fréquent. Il fut généralisé, et la citation par simple dénonciation paraît avoir remplacé, sous Marc-Aurèle, l'ancienne *in jus vocatio*.

(1) Le *duumvir*, dans les cités d'Italie (voy. p. 35 et 50).

(2) On ne pouvait citer *in jus* les magistrats en exercice, les prêtres occupés à un sacrifice.—L'enfant qui voulait citer son ascendant, l'affranchi qui voulait citer son patron, devait en obtenir la permission du préteur ; en cas de contravention, il était exposé à une action *in factum*, dont nous parlerons plus loin, et qui faisait condamner l'enfant ou l'affranchi à une amende de dix mille sesterces, selon Gaius (IV, 46), de cinquante *aurei* du temps d'Ulpien, (L. 24, D. *de in jus voc.* 2, 4).

(3) Comme le temps de la moisson ou de la vendange (L. 1, D., *de feriis* ; l. 2, § 1, *de in jus voc.*),

(4) Une action *in factum*, c'est-à-dire dans laquelle la condamnation du défendeur était subordonnée à la vérification d'un fait matériel, savoir que le défendeur aurait refusé de se rendre *in jus*, sans offrir de caution, *Gaius*, IV, 46.

(5) Cette caution était d'abord un *vindex*, qui prenait le procès pour son compte (voy. p. 407) ; plus tard elle fut un simple *fidejussor*, qui s'obligeait seulement à faire représenter le défendeur à jour fixe. Ce genre de fidéjussion était un *vadimonium* tout comme celle qui se donnait *in jure*, quand, après une première comparution les parties s'engageaient à revenir devant le magistrat à un jour déterminé (voy. p. 524). — Quand le défendeur était absent, ou si bien caché qu'on ne pouvait lui faire de sommation, le préteur décrétait l'envoi en possession de ses biens (voy. p. 180 et 406).

II. Les parties, une fois en présence du magistrat, le demandeur expliquait l'objet de sa demande, et désignait à son adversaire la formule d'action dont il voulait se servir (*editio actionis*) (1), et qu'il demandait au magistrat (*postulatio actionis*). Le défendeur ne pouvait s'opposer à la concession de l'action par des motifs tirés du fait, parce que la question débattue devant le magistrat n'était pas de savoir si les allégations du demandeur étaient vraies ou fausses, mais seulement si, en les supposant vraies, elles étaient de nature à entraîner la condamnation réclamée par le demandeur. Le défendeur pouvait donc seulement soutenir qu'en droit l'action demandée n'était pas admissible. Si l'admissibilité de l'action n'était pas contestable, ou si elle avait été déclarée par le préteur, le défendeur pouvait encore demander qu'on insérât dans la formule les *exceptions* que les faits de la cause pouvaient présenter (2).—Le préteur refusait l'action ou l'exception proposée, quand elles n'étaient pas fondées en droit (3). Il n'y avait pas lieu non plus d'accorder une action, lorsque les allégations qui servaient de base à une demande fondée en droit étaient avouées par le défendeur. L'aveu équivalait à une sentence, et le préteur autorisait les mêmes voies de contrainte qu'il aurait autorisées s'il y avait eu jugement prononcé (4).

III. L'action déclarée admissible, le point de droit fixé, et quand il ne s'agissait plus que de vérifier les allégа-

(1) Les formules étaient exposées, par ordre de matières, dans l'*album* du préteur, c'est-à-dire inscrites en caractères noirs sur un tableau blanchi. Le demandeur pouvait *éditer* l'action, en désignant sur l'*album* celle dont il voulait qu'on se servît.—Il pouvait en choisir une autre, tant qu'il n'y avait pas eu *litis contestatio*.—Le choix de la formule était fort important ; en faisant usage d'une action qui ne convenait pas aux faits de la cause, par exemple, de l'action *venditi*, quand les faits ne caractérisaient pas une vente, le demandeur s'exposait à perdre son droit.

(2) Voyez ce que nous avons dit sur les *exceptions*, p. 209 ; voyez aussi le tit. XIII ci-après.

(3) *En droit*, soit civil, soit prétorien. C'est précisément cette prérogative de statuer sur le droit, de dire le droit (*jurisdictio*), qui permit aux préteurs de créer des règles nouvelles, une jurisprudence particulière, sur les diverses matières du droit.

(4) Tel est le sens de cet adage : *confessores* IN JURE *pro judicatis haberi placet*. — Si, tout en avouant la dette, le défendeur contestait la quotité, on accordait une action appelée *confessoria*, qui donnait

tions contradictoires des parties, on passait à la nomination du juge ou juré (1). Puis le magistrat rédigeait la formule qui, en instituant le juge, déterminait les points qu'il aurait à vérifier et l'étendue des pouvoirs qui lui étaient conférés

au juge mission, non d'examiner s'il y a obligation, mais seulement d'apprécier l'étendue de la dette : *judex non rei judicandæ, sed æstimandæ datur.* L. 25, § 2, D. *ad leg. Aquil.* 9, 2.

(1) Le juge devait être agréé par les parties, qui pouvaient, ou le choisir elles-mêmes (*judicem sumere*), ou récuser celui que leur proposait le magistrat (*judicem recusare, rejicere*). Quand les parties ne pouvaient s'entendre sur le choix du juge, il était désigné par la voie du sort. Dans tous les cas, c'était le magistrat qui investissait le juge, agréé par les parties ou désigné par le sort, du droit de juger (*judicem addicere*).—Au reste, le juge n'était pas pris parmi tous les citoyens indistinctement, mais sur des listes qui avaient quelque ressemblance avec nos listes du jury. Jusque vers la fin de la république, les sénateurs eurent seuls le droit de figurer sur ces listes, qui étaient dressées annuellement par le préteur urbain. En 631, la loi *Sempronia* transporta les *judicia* du sénat aux chevaliers ; et pendant tout le reste du VIIe siècle, le droit d'être compris sur la liste des juges fut disputé entre les deux ordres, et successivement transporté de l'un à l'autre. En 648, la loi *Aurélia* établit trois décuries de juges, composées, la première de sénateurs, la seconde de chevaliers, la troisième des tribuns du trésor. Auguste ajouta une quatrième décurie, *ex inferiori censu*, c'est-à-dire composée de citoyens qui ne payaient qu'un faible cens, et auxquels on confia le jugement des affaires les moins importantes (*levioribus summis*). Caligula porta le nombre des décuries à cinq. Ce fut le dernier état du droit jusqu'à l'abolition de l'*ordo judiciorum*.—Les listes annuelles des *judices selecti* ne portaient d'abord que trois cents noms ; elles furent ensuite beaucoup augmentées. Cicéron, *ad Att.*, VIII, 16, dit que les *judices* sont au nombre de huit cent cinquante, et Pline, *Hist. nat.*, 33, 7, nous apprend que, de son temps, les listes comprenaient environ quatre mille noms.—Le juge pris sur les listes décuriales est le *judex* proprement dit, qu'on appelle *arbiter* dans certains cas, c'est-à-dire dans les actions de bonne foi, et à raison de l'étendue particulière que ces actions donnent à sa mission. Mais quelquefois le préteur renvoie l'affaire, non pas à un seul, mais à plusieurs jurés, qu'on nomme *recuperatores*. Les récupérateurs n'étaient pas nécessairement choisis dans les listes des juges proprement dits. Le magistrat nommait, pour en remplir les fonctions, les premières personnes qui se trouvaient sous sa main : *nam ut in recuperatoriis judiciis*, dit Pline, *Epist.*, III, 26, *sic nos in his comitiis, quasi repente apprehensi, sinceri judices fuimus*. Cette circonstance, jointe à quelques autres documents, a fait conjecturer que les *recuperatores* étaient principalement chargés de juger les affaires urgentes, notamment les réclamations relatives à la possession. Comme, dès les temps anciens, on donnait le nom de *reciperatores* ou *recuperatores* aux arbitres chargés de régler les différends entre Rome et les nations étrangères (voyez FESTUS au mot *recu-*

(1). Il y avait alors *judicium constitutum ; acceptum; lis inchoata ; lis contestata* (2).

IV. La formule délivrée, les parties devaient se rendre devant le juge ; à moins de délais particuliers donnés par le préteur pour faire la preuve ou pour tout autre motif, elles s'ajournaient à comparaître *in judicio*, le troisième jour (*comperendinatio, dies comperendinus*). Il ne paraît pas que les parties se donnassent des garanties pour assurer cette comparution (3). Il y avait seulement certains cas exacte-

peratio), on est autorisé à croire que les *recuperatores* ont été employés, primitivement, à juger les procès entre les citoyens romains et les étrangers. Plus tard, l'emploi des *recuperatores* s'est étendu à un certain nombre de causes requérant célérité, même entre citoyens romains. Leur nom semble indiquer qu'il entrait dans leurs fonctions, non seulement de juger le différend, mais encore de faire mettre la décision à exécution, en faisant recouvrer au plaignant ce dont il avait été dépouillé violemment.—Pour compléter cet aperçu de l'organisation judiciaire des romains, il faut se rappeler qu'à côté de ces juges ou jurés (*judex, arbiter, recuperatores*), nommés spécialement pour chaque affaire, il y avait un tribunal permanent, le tribunal des *centumvirs*, composé d'un peu plus de cent membres, élus probablement par les tribus, et divisé en quatre sections ou conseils. Il y avait des affaires qui se traitaient devant deux conseils, d'autres devant les quatre. Le préteur renvoyait aux centumvirs certaines causes, des questions de propriété et d'hérédité, et des questions d'état, qui devaient être jugées *ex jure Quiritium*. Il les renvoyait sans formule, car les centumvirs étaient juges du droit et du fait, et l'on procédait devant eux par l'antique forme du *sacramentum* (voy. p. 22).

(1) Voici une des formules rapportées par Gaius, 4, 39 et suiv. : N... JUDEX ESTO, QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT, SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE, JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM, AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA ; SI NON PARET, ABSOLVE.

(2) Voyez ce que nous avons dit sur la *litis contestatio*, p. 525. Nous avons vu, p. 492, qu'un des effets remarquables de la *litis contestatio* était de produire une novation dans le droit des plaideurs, en remplaçant l'obligation primitive par celle de subir le *judicium*, et de se soumettre à la sentence que le juge prononcera plus tard. Cette novation n'était produite *ipso jure* que quand l'action était personnelle, conçue *in jus*, et qu'il s'agissait d'un *legitimum judicium*. Une des conditions nécessaires pour qu'il y eût *legitimum judicium*, c'était que l'affaire eût été renvoyée à un *judex* proprement dit. Voyez le titre des *Exceptions*

(3) Aucune des parties n'avait intérêt à ne pas comparaître devant le juge. Cela est évident pour le demandeur. Quant au défendeur sa

ment déterminés dans lesquels on devait donner caution pour l'exécution du *judicatum*, et dans cette garantie se trouvait naturellement compris l'engagement de comparaître *in judicio* (voy. tit. XI ci-après).

V. Devant le juge, on exposait d'abord l'affaire sommairement, ce qui se nommait *causæ conjectio* ou *causæ collectio* ; c'était en quelque sorte des conclusions prises. Puis venait la production des preuves (1) et les plaidoiries *(causæ peroratio)* (2). Le juge rendait quelquefois des décisions préparatoires *(interlocutiones, jussus, mandata)* ; le jugement définitif se nommait *sententia*.

VI. La sentence une fois prononcée (3), la mission du juge était remplie *(judex qui semel sententiam dixit, judex esse desinit.* L. 1, 5, 55, D. *de re judic.*, 42, 1). Pour l'exécution, il fallait revenir devant le magistrat, soit qu'on voulût procéder par la *manus injectio*, soit qu'on voulût obtenir l'envoi en possession des biens du condamné (voy. p. 407).

D. Quelles étaient les parties principales qui entraient dans la composition des formules ?

R. On en distinguait quatre, non compris la nomination du juge, savoir : la *demonstratio*, l'*intentio*, la *condemnatio* et l'*adjudicatio* (4).

présence n'était pas nécessaire pour que le juge pût prononcer la sentence ; la formule SI PARET. . CONDEMNA n'implique pas cette nécessité (voy. M. *Bonjean*, tit. *des act*, § 222). Cependant, quand le défendeur faisait défaut devant le juge, il était cité une ou plusieurs fois dans certaines formes avant que la sentence fût rendue : mais, après ces formalités, la sentence avait la même force que si elle avait été contradictoire. L. 73, D. *de judic.*, 5, 1.

(1) Les moyens de preuve étaient les *témoins*, les *titres*, le *serment* et l'*aveu*. La *torture* était, en certains cas, employée contre les esclaves ; par exemple, lorsqu'il s'agissait des biens dépendant d'une succession (Voy. *Paul*, v. 15. § 6).

(2) Le juge se faisait souvent assister, à titre de conseils, par des personnes dont les lumières pouvaient lui inspirer de la confiance ; Cicéron s'adressant à ces conseillers, dit quelquefois : *Vosque qui in consilio adestis*, etc. *Pro Quint.*, 2, 6, 10, 30.

(3) La sentence était prononcée de vive voix à l'audience (*pronuntiare*). Mais elle pouvait être écrite d'avance (*ex tabella pronuntiare*). Dans la suite la rédaction par écrit devint obligatoire (*ex periculo recitare*. L. 1, 2, 3, C. *de sent. ex per.* 7, 44).

(4) Indépendamment de ces parties *principales*, ainsi appelées

La *demonstratio* est la partie d'une formule qui indique le fait à l'occasion duquel s'élève le litige. Exemples : QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT. — QUOD A. AGERIUS APUD N. NEGIDIUM MENSEM ARGENTEAM DEPOSUIT.

L'*intentio* est la partie de la formule qui énonce la prétention du demandeur, le point dont le juge aura à rechercher le bien ou le mal fondé. Exemples : SI PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM DECEM MILLIA DARE OPORTERE. — QUIDQUID PARET N. NUMERIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTERE. — SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM A. AGERII ESSE (1).

La *condemnatio* est la partie de la formule qui donne au juge le droit de condamner ou d'absoudre le défendeur. Exemples : JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM DECEM MILLIA CONDEMNA ; SI NON PARET, ABSOLVE. — QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX BONA FIDE EJUS, ID JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO ; SI NON PARET, ABSOLVITO. — QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO ; SI NON PARET, ABSOLVITO (2).

parce qu'elles étaient une conséquence directe et ordinaire de la seule prétention du demandeur, on distinguait plusieurs parties *accessoires* qui pouvaient figurer accidentellement dans la formule, à raison de quelques circonstances particulières : telles étaient les *exceptions*, les *répliques*, les *dupliques*, etc., dont nous parlerons aux tit. XIII et XIV ci-après, et les *prescriptions* dont nous avons dit quelques mots (p. 231).

(1) L'*intentio* était la partie fondamentale de la formule. Il n'y avait aucune formule sans *intentio*, tandis que, comme nous le verrons, les autres parties n'entraient pas nécessairement dans toute les formules. — C'est principalement sous le point de vue de l'*intentio* qu'ont été établies la plupart des divisions des actions que nous aurons à rapporter, notamment la fameuse division des actions *in rem* et *in personam*, et celles des actions *in jus* et *in factum*.

(2) On voit par ces formules que, dans certaines actions, on fixait au juge la somme à laquelle il devait condamner le défendeur, supposé, bien entendu, que la question posée par l'*intentio* fût résolue contre lui *sestertium decem millia condemna :* la *condemnatio* était alors *certæ pecuniæ*. La *condemnatio incertæ pecuniæ* était, tantôt *cum taxatione*, lorsqu'on fixait au juge un maximum qu'il ne pouvait dépasser sans faire le procès sien (*judex duntaxat decem millia condemna*) ; tantôt *infinita*, quand elle laissait au juge un pouvoir illimité pour fixer la somme à laquelle il pourrait condamner (*quanti ea res erit*). — (*Quidquid ob eam rem*). — Du reste, la

L'*adjudicatio* est la partie de la formule qui donne au juge le pouvoir d'adjuger, c'est-à-dire de transférer la propriété de la chose en litige à celle des parties que bon lui semble. L'adjudication ne se rencontre que dans les actions *familiæ erciscundæ* (en partage d'une hérédité), *communi dividundo* (en partage d'un objet commun) et *finium regundorum* (en règlement des limites) ; elle est ainsi conçue : QUANTUM ADJUDICARI OPORTET, JUDEX TITIO ADJUDICATO (1).

sentence du juge devait toujours être d'une somme déterminée, alors même que la *condemnatio* de la formule n'énonçait pas un chiffre certain (*Gaius*, 4, 52). C'est ici le cas de faire remarquer que la condamnation était toujours pécuniaire : en sorte que, quand même on réclamait un corps certain, tel fonds, tel esclave, le juge ne pouvait pas condamner le défendeur à donner ou restituer la chose en nature (*non ipsam rem condemnat ; Gaius*, 4, 48) : mais il devait estimer en argent l'objet du litige, et condamner au montant de l'estimation (*sed æstimata re pecuniam eum condemnat*). Il paraît qu'il en était autrement au temps des *legis actiones*, et qu'alors la condamnation pouvait atteindre directement la chose réclamée (*sicut olim fieri solebat. Gaius, ibid.*). Cette règle que la condamnation doit toujours être pécuniaire, règle qui peut nous paraître singulière, n'avait pas les inconvénients qu'on peut supposer, parce que la rigueur des exécutions qui pouvaient frapper tous les biens et la personne même du condamné, devait déterminer souvent le détenteur qui perdait ou qui allait perdre son procès, à restituer l'objet litigieux. Nous verrons en effet, en parlant des *actions arbitrairc*s, que, dans ces actions, au nombre desquelles figurent la revendication et l'action *ad exhibendum*, le juge avait la faculté, en vertu sans doute d'une clause qui modifiait la *condemnatio*, de ne condamner le défendeur qu'autant qu'il n'aurait pas obéi à l'ordre que le juge pouvait préalablement lui intimer de restituer la chose en litige. Et, comme le juge pouvait porter la condamnation pécuniaire à une somme même exagérée (*sine ulla taxatione, in infinitum*), lorsque le défendeur n'avait pas exécuté cet ordre (*jussus arbitrium*), ce dernier avait intérêt à se soustraire à la condamnation pécuniaire, en faisant volontairement la restitution ordonnée ; ce qui évitait des exécutions de vive force.—Au surplus, il paraît qu'au moins du temps d'Ulpien ces principes avaient reçu des modifications, et que le défendeur qui refusait d'obéir au *jussus* du juge pouvait y être contraint *manu militari*. C'est ce que porte expressément la L. 68, D. *de rei vind.*, 6, 1, que quelques commentateurs supposent, mais fort témérairement à mon avis, avoir été altérée par Tribonien pour l'accommoder aux usages de son temps. L'ensemble du texte, les mots *jussus, judici, officio judicis*, me paraissent démontrer que le principe posé dans ce fragment était en vigueur, même sous le système formulaire.

(1) L'adjudication donne à ces trois actions un caractère particulier qui, comme nous le verrons, les a fait appeler *actions mixtes*.

D. Ces quatre parties se rencontraient-elles nécessairement toutes ensemble dans chaque formule ?

R. Non ; elles ne pouvaient se trouver réunies toutes quatre que dans les trois actions divisoires, puisque, comme nous venons de le dire, c'était seulement dans ces trois actions que l'adjudication se rencontrait.—Le plus ordinairement, la formule contenait la démonstration, l'intention et la condamnation (1). Dans quelques cas, la formule consistait simplement en une *intentio ;* elle prenait alors le nom de *præjudicium* ou d'*action préjudicielle ;* la mission du juge se bornait alors à résoudre la question posée dans l'*intentio*, sans prononcer ni condamnation, ni adjudication (2).—Dans un assez grand nombre d'actions, la formule se composait seulement de l'*intentio* et de la *condemnatio*. C'est ce qui arrivait dans l'action *in rem*, et même dans l'action *in personam*, quand celle-ci avait pour objet une chose ou du moins une somme certaine *(certa pecunia)* (3) ; c'est ce qui arrivait aussi dans les actions *in factum* (4).

D. Expliquez-nous l'origine et la nature de la distinction des actions *in jus* et *in factum ?*

R. Cette distinction se rapporte à la manière dont l'*intentio* de la formule est conçue. L'*intentio*, en effet, donne quelquefois à résoudre une *question de droit*, en ce sens qu'il ne suffit pas au juge, pour remplir sa mission, de vérifier des faits matériels, mais qu'il lui faut rechercher leurs conséquences juridiques, pour décider si ces fait ont pu créer une obligation ou un droit réel en faveur du deman-

(1) Comme dans la formule rapportée, p. 530, en note.

(2) On employait la forme du *præjudicium* quand on avait à faire résoudre des questions préjudicielles, ou même des questions principales, lorsque les conséquences que celles-ci devaient entraîner n'étaient pas actuellement réclamées. L'action préjudicielle pouvait porter, d'ailleurs, soit sur des questions de droit, des questions d'état (*si un tel est libre, affranchi, fils de famille*, etc.), soit sur de simples questions de fait, telles que le chiffre d'une caution ou d'une dot Voyez *Gaius*, 3 § 123 ; 4, § 44.

(3) En effet, la formule *si paret dare oportere* n'implique point la nécessité d'indiquer le motif de l'obligation, le fait qui l'a créée.

(4) Dans l'action *in factum*, le fait au lieu d'être énoncé à part dans la démonstration, passe dans l'*intentio*, où il est mis en question ; la démonstration se confond dans l'*intentio*. Voyez la question suivante.

deur (*si paret dare oportere—Si paret hominem ex jure Quiritium Agerii esse*) ; l'action est alors *in jus concepta*.— D'autres fois, l'*intentio*, dans laquelle la *demonstratio* se confond alors, ne donne, au moins dans la forme du langage, qu'un simpel *fait* à vérifier (*se paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse. Gaius*, 4, 47) ; l'action est, dans ce cas, *in factum concepta* (1).

D. Dans la procédure formulaire, les mots *formula*, *actio* et *judicium* n'étaient-ils pas synonymes ?

R. Oui, la formule délivrée par le préteur créait le pouvoir du juge *(judicium)* et donnait au demandeur le droit de poursuivre devant ce juge la condamnation du défendeur *(actionem)*. En confondant les effets avec la cause, les mots *judicium* et *actio* sont devenus synonymes de *formula* (2).

D. Comment la procédure formulaire fut-elle abolie ?

R. Sous l'empire même du système formulaire, il y avait des cas où le magistrat, au lieu de renvoyer l'affaire devant un juge, statuait lui-même sur le litige. On appelait cela un *judicium extraordinarium*, *extra ordinem cognoscebat* (3). Ces cas se multiplièrent, et l'on s'habitua de plus en plus à voir les affaires s'instruire et se juger directement dans l'*officium* des magistrats impériaux sans l'aide d'un *judex*. Dioclétien fit de cette forme, jadis exceptionnelle, la règle générale. Tous les jugements devinrent dès lors extraordinaires *(extra ordinem jus dicitur qualia sunt hodie omnia judicia.* § 8. Inst. *de interd.*, L. IV, t. XV) (4).

(1) Les actions *in factum* sont d'origine prétorienne. Les préteurs s'en servaient, soit pour créer des droits et leur donner une sanction qu'ils ne trouvaient pas dans le droit civil, soit pour permettre d'agir en justice à des personnes auxquelles le droit civil n'accordait pas cette capacité, par exemple, au fils de famille, qui, du moins avant l'introduction du pécule castrans, et même, depuis cette introduction, pour tout ce qui ne s'y rattachait pas directement, ne pouvait exercer aucune action *in jus concepta*, parce que, de droit civil, il ne pouvait se prétendre personnellement ni propriétaire ni créancier (*Gaius*, II, 96. L. 13, D. *de oblig. et act.* 44, 7).

(2) Dans son édit, le préteur disait indifféremment *actionem* ou *judicium dabo*. Dans les actions *arbitraires*, l'action s'appelait aussi *arbitrium* ; on disait en ce sens *arbitrium tutelæ*.

(3) C'est ainsi, par exemple, qu'on statuait en matière de fidéicommis. Voy. p. 347, note 1.

(4) Il fut toutefois permis aux magistrats supérieurs, quand ils

D. Ces notions générales sur l'organisation judiciaire à Rome une fois données, dites-nous ce que c'est qu'une action ?

R. Les Institutes définissent l'action, le droit de poursuivre devant un juge ce qui nous est dû, *jus persequendi in judicio quod sibi debetur.* Mais cette définition empruntée au jurisconsulte Celse (L. 51, D. *de obl. et act.*, 44, 7) n'était exacte que sous le système formulaire, où nul ne pouvait, en effet, introduire une instance *in judicio* sans en avoir reçu le droit, c'est-à-dire sans avoir obtenu la formule ; et encore, même sous le système formulaire, cette définition semblait ne s'appliquer qu'à l'action personnelle. Dans le dernier état du droit, l'action serait mieux définie le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû ou ce qui nous appartient (1).

Division des actions (2).

Première division.—*D.* Quelle est la principale division des actions ?

R. La principale division *(summa divisio)* des actions est

étaient trop surchargés d'affaires, de renvoyer les parties devant les *judices pedanei.* Mais ce renvoi se faisait sans formule ; les *judices pedanei* n'étaient pas des jurés, mais des magistrats inférieurs, qui statuaient sur le droit ou sur le fait comme aurait pu le faire le magistrat qui les avait délégués ; voy. *Introd.*, p. 63.

(1) Dans la procédure en usage sous les empereurs chrétiens, il n'y a plus, à proprement parler, d'*actions* (synonymes de formules), ni, comme nous le verrons, d'*exceptions.* Les mots sont restés pourtant, mais dans une acception nécessairement différente de l'acception primitive. Le demandeur puise directement dans la loi le droit qui résultait autrefois, pour lui, de la formule émanée du magistrat ; l'action c'est désormais l'exercice direct du droit que nous soutenons exister en notre faveur, d'après la loi.

(2) Les jurisconsultes romains, en envisageant les actions sous divers points de vue, avaient établi entre elles d'assez nombreuses divisions. De ces divisions, les unes tenaient exclusivement à la rédaction de la formule, comme les divisions des actions *in jus* et *in factum* ; celles-là, Justinien ne les rappelle pas, du moins expressément, dans les Institutes ; les autres pouvaient se concevoir, à la rigueur et sous certains rapports, abstraction faite de la formule : ce sont celles dont il est question ici. On verra toutefois que, même sur ces dernières, la formule a une telle influence, qu'il est indispensable de se référer au système formulaire pour en avoir une parfaite intelligence.

celle qui les distingue en actions réelles (*in rem*) et actions personnelles (*in personam*) (1).

D. Qu'est-ce qu'une action personnelle ?

R. C'est celle par laquelle le demandeur soutient que son adversaire est tenu envers lui d'une obligation personnelle (*per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere et aliis quibusdam modis*, § 1) (2).

D. Qu'est-ce qu'une action réelle ?

R. C'est celle par laquelle on agit contre quelqu'un, sans

(1) Le texte (§ 1) dit formellement que toutes les actions se divisent en deux branches. *Omnium actionum summa divisio* IN DUO GENERA *deducitur : aut enim in rem sunt, aut in personam.* Toutefois, et alors que la division des actions en réelles et personnelles est depuis longtemps épuisée, le § 20 porte : *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam.* De là un grand nombre de commentateurs ajoutent aux deux classes précédentes une troisième classe d'actions qu'ils appellent *mixtes*, en ce sens qu'elles seraient à la fois réelles et personnelles. Mais on va voir que l'action est personnelle quand le demandeur soutient que le défendeur est obligé envers lui ; qu'elle est appelée ainsi parce que le défendeur est nécessairement nommé dans l'*intentio ;* que l'action est réelle quand le demandeur agit sans alléguer aucune obligation, et que le défendeur n'est pas nommé dans l'*intentio.* D'après cela, il faut reconnaître qu'une action ne peut jamais être en même temps réelle et personnelle, car on ne peut pas, dans une même action, alléguer et ne pas alléguer une obligation, nommer et ne pas nommer le défendeur. Nous pensons donc, avec les meilleurs interprètes contemporains, que les actions *mixtes* ne sont pas envisagées sous le même point de vue que les actions réelles et personnelles, que ce n'est pas par conséquent à cette distinction qu'elles se rapportent. C'est d'après l'*intentio* de la formule que l'action est réelle ou personnelle ; c'est d'après l'effet qu'elle produit, d'après le double pouvoir qu'elle donne au juge, d'adjuger la chose et de condamner la personne, qu'elle est considérée comme mixte. Il paraît qu'en effet, dans les trois actions mixtes, la formule contenait à la fois une *adjudicatio* et une *condemnatio*. Voyez p. 533. Voyez également ce que nous disons plus loin sur les actions mixtes.

(2) *Et aliis quibusdam modis.* Par ces mots, Justinien fait allusion aux actions personnelles, qui, dans le système formulaire, avaient une *intentio* conçue autrement que les condictions, dont la formule était, comme on sait, *si paret dare facere oportere*, ou *quidquid paret dare facere oportere*, par exemple aux actions *in factum conceptæ*, dont la formule, en posant, au moins en apparence, une simple question de fait, donnait pourtant, en réalité, à vérifier si le défendeur était obligé. Voy. p. 533.

alléguer aucune obligation de sa part (*cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est*). Telle est l'action par laquelle le demandeur revendique une chose comme sienne (*si Titius suam esse intendit, in rem actio est*) (1).

D. D'où viennent, ces dénominations d'action *in rem* et d'action *in personam ?*

R. On dit communément qu'elles viennent de ce que l'action réelle s'attache à la chose, et s'exerce contre le possesseur quel qu'il soit ; tandis que l'action personnelle s'attache à la personne du débiteur et se donne contre elle seule. Mais cette proposition manque d'exactitude, dans sa généralité ; car il y a certaines actions personnelles, notamment l'action *ad exhibendum*, qui se donnent contre le possesseur par cela qu'il est possesseur (L. 3, §§ 13 et 15, D. *ad exhib.* 10, 4), et qui imitent à cet égard l'effet des actions réelles (2).

(1) Pour mieux entendre cette définition, il faut se rappeler qu'il existe des droits absolus, subsistant à l'égard de tous, qu'on nomme *jura in re ;* tels sont la propriété et ses démembrements (voy. p. 410). Il existe aussi des droits relatifs, à l'égard de certaines personnes seulement ; ce sont les obligations proprement dites, c'est-à-dire les obligations spéciales et *personnelles ;* on les appelle *jura ad rem.* Or, l'action réelle est celle par laquelle on affirme avec un droit absolu, *jus in re*, contre tout individu qui nous conteste ce droit ; celle par laquelle on demande à être reconnu pour *propriétaire, usufruitier, homme libre*, etc. L'action personnelle est celle par laquelle on ne demande rien qui ne soit tout à fait personnel à celui contre lequel on agit, de sorte que l'on soutient qu'*un tel* est obligé envers soi.— Remarquez que l'obligation du défendeur peut supposer, dans certains cas, un *jus in re* (droit absolu) dans la personne du demandeur, mais si ce droit n'est pas contesté par l'adversaire, si la question s'élève simplement sur l'*obligation*, l'action n'en est pas moins personnelle. Ainsi, lorsqu'on poursuit l'auteur d'un dégât, si la qualité du propriétaire de la chose dégradée n'est pas contestée au demandeur, l'action sera personnelle ; mais il faudrait recourir à l'action réelle si le défendeur prétendait être lui-même propriétaire de la chose (voy. l'excellent article de M. Blondeau, dans la *Thémis*, t. IV, p. 133).—Il ne faut pas confondre, comme on l'a fait trop souvent, les actions *mobilières* et *immobilières* avec les actions *réelles* et *personnelles*. La première distinction s'applique lorsqu'on examine si l'action tend à réclamer une chose mobilière ou immobilière, soit qu'elle nous appartienne, soit qu'on nous en doive transférer la propriété. Les actions se divisent en *réelles* et en *personnelles*, non pas à raison de l'objet qu'on veut obtenir, mais à raison de l'*intentio*, c'est-à-dire suivant que le demandeur soutient qu'il y a droit *in re*, ou obligation en sa faveur.

(2) On pourrait en dire à peu près de même de l'action *noxale*, qui compète contre tout individu qui serait propriétaire de l'esclave qui a

—Le sens des mots *in rem* et *in personam*, en matière d'actions, est déterminé par celui que les textes donnent aux mêmes expressions appliquées aux édits du préteur, aux pactes et aux exceptions. Dans tous ces cas, *in rem* indique une énonciation conçue en termes généraux, sans désignation de personne ; *in personam* une énonciation relative à telle ou telle personne déterminée (1). En effet, il y a des prétentions que l'on peut élever sans nommer l'adversaire, par exemple, quand je soutiens que je suis propriétaire de tel fonds, ou que j'ai un droit d'usufruit ou de servitude sur tel fonds. D'autres prétentions, au contraire, ne peuvent être énoncées qu'en nommant la personne de l'adversaire. C'est ce qui arrive en matière d'obligation ; car il ne suffirait pas d'établir d'une manière générale que je suis créancier, il faut nécessairement établir que c'est le défendeur qui me doit. L'action est donc *in rem* quand le droit allégué par le demandeur est énoncé en termes généraux, sans que le défendeur soit nommé (par exemple, *si paret fundum capenatem ex jure Quiritium Titii esse*) ; elle est *in personam* quand le défendeur est personnellement désigné (par exemple, *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem millia dare oportere*).

D. Cependant il paraît impossible de ne pas nommer dans la formule, toutes les personnes entre qui s'élève le litige ; et nous voyons dans les textes (I., 27, ff. *de rei vind.* 6, 1), que l'action réelle ne peut servir que contre celui contre qui elle a été obtenue *in jure ;* en sorte que, si la chose revendiquée vient à changer de mains, il faudra une nouvelle action pour faire condamner le nouveau possesseur ?

R. Cela est vrai. Aussi ce que nous venons de dire ne

commis le dommage (voy. ci-après, tit. VIII). D'un autre côté, il y a des actions réelles qui ne se donnent pas contre tout détenteur, par exemple l'action *paulienne*, dont nous allons bientôt parler, qui n'est donnée contre l'acquéreur à titre onéreux qu'autant qu'il a été de mauvaise foi, et qui se donne contre celui qui a été de mauvaise foi quand même il ne possède plus (L. 9, D. *quæ in fraude* 42, 8).

(1) Ainsi, Ulpien dit que la disposition d'un édit est *in rem*, quand elle est générale et ne désigne personne, *generaliter et* IN REM *loquitur, nec adjicit personam a quo gestum est.* Pareillement un acte est *in personam* quand ses effets ne doivent profiter qu'à une personne déterminée, sans pouvoir être utile à d'autres, par exemple à ses héritiers ; il est *in rem* quand il est conçu en termes généraux de manière à pouvoir être invoqué même par d'autres que la personne qui y a concouru (L. 7, § 8 ; I. 13, 5, D. *de pactis* 2, 14).

doit-il pas s'appliquer à la formule entière, mais seulement à l'*intentio;* c'est uniquement à cette partie de la formule qu'on se réfère, quand on dit que l'action est conçue *in rem* ou *in personam* (1). Et l'on conçoit pourquoi l'*intentio*, dans l'action réelle, ne désigne personne en particulier ; c'est qu'une telle désignation est inutile, car il me suffit d'avoir établi que j'ai un droit absolu, par exemple, que je suis propriétaire de la chose revendiquée, pour que j'obtienne gain de cause contre le défendeur quel qu'il soit, tandis qu'il ne me servirait de rien d'établir qu'il existe en ma faveur une *obligation*, si je ne justifiais en même temps qu'elle existe contre la personne que j'actionne.

D. Les actions réelles ou personnelles ne prennent-elles pas un autre nom ?

R. Les actions réelles se nomment revendications (*rinditiones*, § 15) ou pétitions (*petitiones*) ; et l'on appelle *condictions* sinon toutes les actions personnelles, au moins toutes celles dans lesquelles le demandeur soutient que son adversaire est obligé de donner ou de faire (2).

D. D'où vient cette dénomination de *condiction ?*

R. Elle vient de l'ancienne action de la loi, la *condiction*, qui avait été introduite spécialement pour réclamer l'exécution d'une obligation de donner. Sous le système formulaire, le nom de condiction a été transporté ou laissé à l'action dont l'*intentio*, reproduisant les termes de l'ancienne condiction, exprime, quoique indirectement, que le demandeur allègue une obligation de donner ou de faire *(si paret dare.. si paret dare facere oportere).* Le nom de condiction est resté, quoique les anciennes formalités d'où ce nom dérivait ne soient plus en usage (v. p. 524) (3).

(1) Dans l'action réelle comme dans l'action personnelle le défendeur était nécessairement nommé dans la *condemnatio.*

(2) Les condictions étaient les actions dont l'*intentio* était ainsi conçue : *Si paret dare oportere,—si paret dare facere oportere.* Les actions personnelles dont l'*intentio* était conçue autrement, par exemple les actions *in factum*, l'action de vol (dont l'*intentio* était conçue en ces termes : *si paret damnum decidere oportere, Gaius*, 4, 37), ne rentraient pas dans la classe des condictions.

(3) On sait qu'il existe deux condictions, savoir : la condiction proprement dite ou *condictio certi* dont l'objet est certain et déterminé ; et la *condictio incerti*, dont l'objet est indéterminé (*quidquid*

D. Les actions réelles ou revendications ne s'appliquent-elles qu'aux choses corporelles ?

R. Elles s'appliquent aussi aux choses incorporelles. C'est par action réelle qu'on réclame les droits d'usufruit, d'usage, les servitudes prédiales(§ 2).

D. Comment se divisent les actions réelles relatives aux servitudes, soit personnelles, soit réelles ?

R. Ces actions se divisent en *confessoires* et *négatoires*. L'action *confessoire*, ou affirmative, est celle par laquelle on prétend avoir une servitude sur un héritage ; comme lorsqu'on affirme avoir l'usufruit d'un fonds, un droit de passage, de vue, etc. L'action *négatoire*, ou négative, est celle par laquelle on soutient qu'une servitude quelconque n'est pas due : comme lorsqu'on soutient que la personne qui prétend exercer un droit de passage ou d'usufruit sur notre fonds n'a pas ce droit (1).

D. L'action négatoire n'offre t-elle pas quelque chose de remarquable ?

R. Oui ; elle offre cela de remarquable que la preuve est à la charge du défendeur, qui, sous ce rapport, *partes actoris sustinet* ; car, en général, c'est au demandeur à prouver, parce que ordinairement c'est lui qui affirme (*onus probandi incumbit actori*). Mais ici, au contraire, le demandeur nie ; c'est le défendeur qui affirme avoir un droit de servitude. C'est donc à lui à faire la preuve (2).

dare facere, *oportet*). Voy. p. 422. C'est cette dernière condiction qu'on désigne souvent par le simple nom d'action, en indiquant la cause de l'obligation : *actio ex stipulatu*, *ex testamento* etc.

(1) Le texte met au nombre des actions *négatoires* celle par laquelle je prétendrais que mon voisin ne doit pas élever sa maison plus haut (*altius tollendi*) ; pour cela, il faut supposer que le droit commun ne permet d'élever les bâtiments qu'à une hauteur déterminée que le voisin dépasse, ce qui tend à établir une servitude sur mon héritage. Ma prétention constituerait une action *confessoire*, si le droit commun permettait d'élever les bâtiments à toute la hauteur qu'on veut ; car alors prétendre que mon voisin ne doit élever sa maison qu'à telle hauteur, ce serait affirmer qu'il est soumis à une servitude (voy. p. 214).

(2) Lorsque le demandeur a prouvé le fondement de sa prétention, lors, par exemple, qu'il a prouvé l'obligation, c'est au défendeur qui se défend par une exception, c'est-à-dire qui ne se contente pas de nier

D. Dans les contestations relatives à un objet corporel, y a-t-il lieu à une action négatoire, comme dans celles relatives aux servitudes ?

R. Non, car il serait inutile de faire reconnaître que telle personne n'est pas propriétaire d'une chose, puisqu'il ne s'en suivrait pas qu'on en eût soi-même la propriété. La revendication d'une chose corporelle ne se donne pas d'ailleurs à celui qui possède, car il n'a rien à demander ; et, dans le cas où on l'attaque, rien à prouver (1). Quant à celui qui ne possède pas, son action est nécessairement affirmative ou confessoire ; aussi est-ce à lui à prouver son droit (2).

DEUXIEME DIVISION.—Comment se divisent les actions considérées dans leur origine ?

R. Elles se divisent en *civiles* et *prétoriennes.* Les actions civiles sont celles qui dérivent du droit civil (*ex legitimis et civilibus causis*) ; les actions prétoriennes sont celles qui ont été introduites par le droit honoraire : on les appelle aussi actions *honoraires.* Parmi celles-ci, comme parmi les actions civiles, il y en a de réelles et de personnelles.

D. Quelles sont les principales actions prétoriennes réelles ?

R. Justinien en énumère cinq : l'action *publicienne*, l'action *contraire à la publicienne* (§ 5), l'action *paulienne*, l'action *servienne* et l'action *quasi-servienne* ou *hypothécaire.*

D. Quand se donne l'action *publicienne ?*

l'allégation du demandeur, mais qui affirme un fait, par exemple qu'il a payé, ou que le demandeur est de mauvaise foi, à faire la preuve de ce qu'il avance. Il fait pour l'*exception* ce que le demandeur doit faire pour l'*intention.* Tel est le sens de cet adage : *Reus in exceptione actor est.* (L. 1, D. 44, 1. Voy. p. 458. Voyez toutefois M. Demangeat, tome II, page 496 et suivantes).

(1) Le possesseur avait, d'ailleurs, pour se faire maintenir en possession, l'interdit *utipossidetis* ou *utribi*, dont il sera question, au tit. XV ci-après.

(2) Il est pourtant un cas, dit le texte, § 2, où le possesseur est obligé de prouver son droit de propriété (*sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes obtinet*) ; ce passage a fait naître de grandes controverses ; quel est ce cas unique dont parle Justinien ? Suivant les uns, il s'agirait du cas où le possesseur, poursuivi par l'action *publicienne*, dont nous allons parler, fait valoir l'exception *justi dominii.* — Suivant d'autres, il s'agirait du cas où le propriétaire exerce l'action négative pour faire déclarer son fonds libre de servitude.

R. Il faut supposer qu'une chose a été livrée à juste titre (*ex justa causa*, § 4), c'est-à-dire dans l'intention d'en transférer la propriété (comme à titre de vente, de legs, etc.) à quelqu'un qui, cependant, n'en serait pas devenu propriétaire d'après le droit civil, et qui en aurait perdu la possession avant d'avoir usucapé cette chose (1) : il n'a point la revendicatiou, qui n'appartient qu'à celui qui a le domaine quiritaire. Mais le préteur lui accordera une action qui, subordonnant la condamnation du défendeur, non pas au droit de propriété du demandeur, mais au droit qu'il aurait si le temps de l'usucapion se fût accompli, équivalait, en fait, à une véritable revendication. C'est cette action qu'on appelle *publicienne*, du nom du préteur *Publicius*, qui l'a introduite dans la vue de corriger la rigueur du droit civil (voy p. 210) (2).

D. L'action publicienne ne peut-elle pas être utile au propriétaire lui-même ?

R. Oui, cette action est utile au propriétaire lui-même, en ce qu'elle le dispense de prouver qu'il a le domaine quiritaire ; preuve souvent difficile à faire, car pour cela il faut prouver que la chose a toujours été transmise *à domino*, de propriétaire en propriétaire. Dans l'action publicienne,

(1) On se rappelle que la tradition des choses *mancipi* ne transférait pas le domaine quiritaire, lors même qu'elle était faite par le vrai propriétaire (voy. p. 206) ; et que la tradition des choses *nec mancipi* faite *a non domino* ne transférait pas non plus la propriété, mais pouvait seulement donner naissance à l'usucapion.

(2) Gaius, (4, § 36) rapporte la formule de cette action : JUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT, QUIQUE EI TRADITUS EST, ANNO POSSIDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET, etc. Remarquez qu'il résulte de cette formule que l'action publicienne ne pouvait profiter qu'à celui qui était en position d'usucaper, et qui n'en avait été empêché que par le défaut de temps ; elle ne profitait donc qu'à celui qui avait reçu une chose de bonne foi ; elle ne profitait donc pas à celui qui avait reçu une chose vicieuse, par exemple, une chose volée. — Si le possesseur contre lequel on exerce l'action publicienne était lui-même de bonne foi et en position d'usucaper, il se défendait efficacement par une exception fondée sur la maxime *in pari causa, melior est causa possidentis*. Si le possesseur soutenait être le véritable propriétaire de la chose revendiquée par l'action publicienne, il se défendrait par l'exception *justi dominii*, et en prouvant qu'il a réellement la propriété, il obtiendrait gain de cause et se maintiendrait en possession. Voy. la n. 2 de la page 542.

il suffit de prouver que la chose a été reçue de bonne foi.

D. Dans quels cas se donne l'action *contraire à la publicienne ?*

R. Dans l'action *publicienne*, on suppose qu'une personne a usucapé ce qu'elle n'a pas réellement usucapé ; ici, par une fiction contraire, on suppose que le possesseur n'a pas usucapé, quoiqu'il ait vraiment usucapé. Cela arrive : 1o lorsque une personne absente (1) ou au pouvoir des ennemis, et contre laquelle, par conséquent, on n'a pu agir, a usucapé (2) la chose d'une personne présente ; 2o lorsque pendant l'absence d'un individu qui était retenu dehors par de justes motifs, sa chose a été usucapée. Dans ces deux cas, le préteur, pour corriger la rigueur du droit qui prive le propriétaire de sa chose lorsqu'il n'a pu la défendre, accorde une action réelle, par laquelle il permet au propriétaire de revendiquer sa chose comme s'il n'y avait point eu d'usucapion (*rescissa usucapione*), et comme si, par conséquent, il en avait toujours gardé la propriété. Cette action, appelée *contraire à la publicienne* ou *quasi-publicienne* (3), ne se donnait que pendant une année *utile* (voy. p. 397) depuis le retour de l'absent (4).

D. Justinien n'a-t-il pas apporté quelque changement à cette action ?

(1) Pour quelque motif que ce soit ; car ce n'est pas seulement lorsque l'absent remplit une mission publique (*reipublicæ causa*) qu'il y a lieu à l'action dont il s'agit (L. 21, [illegible], ff. *ex quibus caus. maj.* 4, 6).

(2) Nous savons qu'on peut posséder et par conséquent usucaper par autrui (voy. p. 253). Quand l'absent est au pouvoir des ennemis, il faut supposer que son esclave ou son fils de famille a acquis *ex causa peculiaria* la chose d'autrui, car le prisonnier ne peut pas posséder autrement, même par son fils ou son esclave, et la possession et par suite l'usucapion sont interrompues par la captivité, à tel point que le droit de *postliminium* ne les rétablirait pas (L. 19, *Cod*).

(3) Elle est aussi appelée *rescisoire* par quelques commentateurs, mais mal à propos ; car cette dénomination ferait croire qu'il n'existe que cette action rescisoire, quoiqu'il y en ait plusieurs autres ; l'action paulienne est de ce nombre.

(4) L'action *quasi-publicienne* est annale, parce qu'elle impugne le droit civil en portant atteinte à l'usucapion acquise conformement à ce droit ; au lieu que l'action publicienne qui supplée au droit civil, qui l'aide, pour ainsi dire, est perpétuelle (voy. L. 37).

R. Justinien, en permettant d'interrompre l'usucapion ou la prescription à l'égard d'un absent par une requête présentée au magistrat (L, 2, C. *de ann. except.*, 7, 40) paraît avoir refusé cette action pour le premier cas dont nous avons parlé. Ce prince a plus tard porté à quatre ans la durée de l'action (L., *ult.* C. *de temp. in int. rest.* 2, 53).

D. Qu'est-ce que l'action *paulienne* ?

R. C'est celle qui se donne aux créanciers pour revendiquer, comme appartenant toujours à leur débiteur, les choses que celui-ci a aliénées en fraude (1) de leurs droits. C'est encore sur une fiction que cette action repose ; le préteur suppose que ces choses n'ont point été livrées, et que, par conséquent, elles sont toujours restées dans les biens de leur débiteur, dont ils se sont fait envoyer en possession (voy. p. 407). L'action paulienne ne dure qu'un an (L. 10, ff. *quæ in fraud.* 42, 8).

D. Contre qui se donne cette action ?

R. Elle se donne contre tout acquéreur à titre gratuit, mais elle ne se donne contre l'acquéreur à titre onéreux qu'autant qu'il a été participant à la fraude (2).

(1) *En fraude*, c'est-à-dire au préjudice des créanciers, et avec intention de leur nuire (voy. p. 117).

(2) C'est une question très controversée entre les commentateurs, que celle de savoir si l'action paulienne est réelle ou personnelle. Ceux qui soutiennent contre le texte positif du § 6 que cette action est uniquement personnelle, s'appuient sur ce qu'elle ne se donne pas contre tous les tiers détenteurs ; car, disent-ils, il est dans la nature de l'action réelle de se donner contre tous les possesseurs ; mais nous avons déjà eu occasion de dire que ce principe est présenté d'une manière trop absolue (voy. p. 537). Ils ajoutent que l'action paulienne se donne contre les héritiers de celui qui en était tenu, lors même qu'ils ne possèdent plus, caractère exclusif de l'action réelle ; que si elle ne se donne pas contre l'acquéreur à titre onéreux qui a été de bonne foi, c'est qu'apparemment elle naît du dol de l'acquéreur, et, par conséquent, d'une obligation. Nous croyons que la question eût été moins débattue, et que les textes dont on se prévaut de part et d'autre eussent été assez facilement conciliés, si l'on eût remarqué que les créanciers pouvaient fort bien recevoir tantôt une action réelle, tantôt une action personnelle. Nous avons vu, p. 483, que l'action personnelle et l'action réelle existaient souvent en faveur de la même personne ; sans rapporter les exemples que nous avons cités, c'est ainsi que celui qui a l'action personnelle *quod metus causa*, peut préférer une action réelle pour réclamer la chose qu'il a aliénée par crainte (L. 9, § 5, 1 *et seq.*, ff. *quod met. caus.*, 4, 2). C'est ainsi

D. Qu'est-ce que l'action *servienne ?*

R. C'est une action introduite par le préteur *Servius*, qui se donne au propriétaire d'un héritage rural, pour réclamer contre tout possesseur les choses que son fermier a affectées à la sûreté des fermages *(quæ pignoris jure tenentur*, § 7) (1).

D. Qu'est-ce que l'action *quasi-servienne* ?

R. C'est une action introduite à l'exemple de l'action servienne, par laquelle le créancier réclame contre tout possesseur la chose qui lui a été donnée en gage ou hypothéquée *(2)*.

D. Quelle différence y a-t-il entre le gage et l'hypothèque ?

encore que le mineur de vingt-cinq ans, lésé par aliénation, et qui aurait une action personnelle contre l'acquéreur, a quelquefois une action réelle qui lui est donnée *rescissa alienatione* (L. 13, § 1, ff. *de min*, 4, 4). Nous pensons qu'il en est de même pour les créanciers, et que l'action qui leur est donnée pour réclamer les biens aliénés en fraude de leurs droits, est réelle ou personnelle, suivant la question qui a été posée au juge : si le préteur avait dit ceci, par exemple : *s'il appert qu'un tel soit obligé de donner le fonds qu'il a acheté par dol*, etc., l'action serait personnelle. Mais si, comme notre texte le suppose, le préteur a chargé le juge d'examiner si le fonds n'appartient pas au débiteur, en considérant la tradition comme non avenue (*rescissa traditione*), c'est véritablement une action réelle ; il s'agit de faire reconnaître un *jus in re*.

(1) Quand il s'agit d'un héritage rural, il n'y a que les choses affectées expressément au paiement des fermages qui deviennent le gage du propriétaire ; on excepte cependant les fruits provenant du fonds affermé ; ils sont tacitement compris dans le gage (L. 7, ff. *in quib. caus.*, 20, 2). Il n'en est pas de même quand il s'agit d'une maison louée ; tout ce qui est apporté est censé affecté tacitement au paiement du loyer (L. 4, ff. *eod.*) ; l'action *servienne* n'a été instituée que pour le fermage des biens ruraux, mais le bailleur d'une maison peut demander l'action *quasi-servienne*.

(2) Cette action est réelle (L. 17, ff. L. 18, C. *de pign. et hip.*, 20,1), parce que la question qu'elle donne à décider est celle de savoir si la chose appartenait au débiteur lorsqu'elle a été donnée en gage ou hypothéquée, circonstance sans laquelle le créancier n'aurait pu acquérir aucun droit *in re* (voy. p. 427). Remarquez toutefois que le créancier n'est pas obligé de prouver que la chose était *in dominio*, mais seulement *in bonis* de son débiteur (L. 15, § 1, ff. *eod.*), c'est-à-dire que celui-ci était possesseur à juste titre et de bonne foi, car une pareille possession a, aux yeux du préteur, les avantages de la propriété.

R. On appelle proprement gage ce que le débiteur livre à son créancier en l'affectant à la sûreté de celui-ci, et hypothèque ce que le débiteur affecte à son créancier, sans le lui livrer (*sine traditione*). L'hypothèque se constitue par une simple convention qui a été confirmée par le droit prétorien (v. p. 460). Le gage est ordinairement un meuble (*maxime sit mobilis*) ; mais il peut être un immeuble. On peut aussi hypothéquer soit un meuble, soit un immeuble.

D. Lorsque la chose a été hypothéquée successivement à plusieurs créanciers par différentes conventions, à qui appartient la préférence ?

R. Elle appartient à celui dont l'hypothèque a été constituée la première, suivant la maxime *prior tempore potior jure* (L. 4, C. *qui poti* 20, 4). En sorte que si l'action quasi-servienne était exercée par un créancier dont l'hypothèque fût moins ancienne, contre un autre qui en aurait une antérieure, celui-ci obtiendrait une exception qui paralyserait l'action du premier (L. 6, C. *eod.*).

D. Quelles sont les actions personnelles qui ont été créées par les préteurs ?

R. Il y en a un assez grand nombre (*et alias complures*, § 8) ; le texte cite, comme exemples, les actions *constitutæ pecuniæ*, *de peculio*, *ex jurejurando*.

D. Qu'est-ce que l'action *pecuniæ constitutæ ?*

R. C'est une action créée par le préteur pour obtenir l'exécution d'un *constitut*. Or, on entend par *constitut* un pacte prétorien (voy. p. 460), par lequel on promet de nouveau ce qu'on devait déjà soi-même, ou ce qui était dû par un autre, soit civilement, soit naturellement (1). Il faut supposer que c'est par un simple pacte (*nulla stipulatione*) qu'une telle promesse a été faite, car si c'était par une stipulation, il y aurait lieu à l'action civile qui résulte de la stipulation (voy. p. 429).

D. Quelles sont les choses qu'on peut *constituer* ? En d'autres termes, pour quelles choses l'action *de constituta pecunia* se donne-t-elle ?

(1) Le *constitut* fait pour la dette d'autrui est une espèce de cautionnement ; ce pacte ne produit pas de novation ; il en résulte seulement pour le créancier la faculté de demander une autre chose, ou dans un autre lieu, ou dans un autre temps, ou d'actionner une autre personne (L. 1, § 5, ff. *de pec. const.* 13, 5).

R. Cette action n'avait lieu autrefois que pour les choses qui peuvent être l'objet d'un *mutuum*, c'est-à-dire, pour celles qui s'évaluent au nombre, au poids ou à la mesure (voy. p. 420). Mais Justinien a voulu qu'elle eût lieu pour toutes sortes de choses ; telle est la conséquence d'une constitution (L. 2, *de const. pec.* 4, 18) par laquelle il a abrogé, ou plutôt transféré dans cette action, une action civile appelée *receptitia*, qui avait quelque analogie avec la première (1). Le mot *pecunia* signifie donc ici non pas seulement une somme d'argent, mais encore toute chose qui est dans le commerce (L. 178, ff. *de verb. sig.* 50, 16, voy. p. 177).

D. Qu'est-ce que l'action *de peculio ?*

R. C'est une action par laquelle on contraint le père de famille à acquitter les obligations contractées (*ex contractu*) par le fils de famille ou l'esclave, jusqu'à concurrence de la valeur de leur pécule. D'après le droit civil (*ipso jure*), le père de famille n'était pas tenu de telles obligations (voy. p. 437) ; mais il a paru équitable (*æquum*) au préteur qu'il en fût tenu jusqu'à concurrence du pécule du fils ou de l'esclave qui s'est obligé ; car ce pécule est réputé, pour ainsi dire, le patrimoine de celui à qui le père de famille en a confié l'administration (2).

D. N'est-ce que pour les obligations qui naissent d'un contrat que l'action *de peculio* est accordée ?

R. Elle se donne encore pour les obligations qui naissent comme par un contrat ; mais elle ne se donne point pour les obligations qui résultent d'un délit ou comme d'un délit (voy. p. 520) (3).

(1) On est réduit à des conjectures assez vagues sur cette action *receptitia* ; il paraît qu'elle se donnait contre les banquiers (*argentarios*) qu'on employait comme intermédiaires dans les ventes, les prêts et autres négociations.

(2) On voit par là qu'il s'agit du pécule dont le père a la propriété, et par conséquent dans le nouveau droit, du seul pécule *profectice* ; le père ne peut pas être tenu sur des pécules *castrans* ou *quasi-castrans*, ni même sur le pécule *adventice*, qui appartient au fils. Mais c'est le fils lui-même qui sera poursuivi ; car il est civilement obligé (L. 44, ff. *de pecul.*, 15, 1). D'où il suit que si on n'a pu obtenir du père le montant intégral de la dette, parce qu'elle excédait le pécule, le fils pourra toujours être poursuivi pour l'excédant. De même l'esclave reste débiteur, mais *naturaliter tantum*, de la dette qu'il a contractée.

(3) Mais on aurait contre le maître l'action *noxale*, dont nous par-

D. L'action *de peculio* est-elle véritablement une action particulière ?

R. Non ; c'est seulement une modification des diverses actions résultant des obligations contractées par l'individu *alieni juris*. Si donc le fils de famille ou l'esclave a vendu, a reçu en dépôt, on aura toujours contre le père de famille l'action *ex vendito*, *depositi*, etc., mais seulement jusqu'à concurrence du pécule (*de peculio*) (voy. *Vinnius*, sur le § 10).

D. Qu'est-ce que l'action *ex jurejurando* ?

R. Lorsque l'une des parties défère à l'autre le serment *(postulante adversario)*, il se forme une espèce de transaction par laquelle les parties promettent de s'en rapporter au serment qui sera prêté sur l'existence de la dette ; de sorte que si, sur la proposition de son adversaire, le demandeur a juré qu'il lui était dû (1), le défendeur est obligé de payer. Ce n'était là toutefois qu'une obligation résultant d'un simple pacte, que le droit civil ne protégeait pas ; mais le prêteur l'a confirmée en créant l'action *ex jurejurando*, dans laquelle la condamnation du défendeur dépend de la question de savoir, non pas s'il y avait ou non obligation, mais s'il y a eu ou non serment régulièrement prêté (2).

D. Les actions personnelles prétoriennes, dont vous avez parlé jusqu'ici, sont données pour confirmer des négociations ; les préteurs n'ont-ils pas aussi introduit des actions pénales ?

R. Oui ; telles sont l'action *de albo corrupto*, l'action *de patrono aut parente in jus vocato*, l'action *de in jus vocato vi exempto*. Telles sont aussi les actions *de dejectis vel effusis*, *de suspensis vel positis* (dont nous avons parlé au titre précédent) et beaucoup d'autres.

D. Contre qui se donne l'action *de albo corrupto* ?

lerons au tit. VIII. Remarquez aussi que, lorsque le fils de famille a été condamné pour un délit, le père est tenu par l'action *judicati de peculio* (L. 3, § 11, *cod.*) ; car la sentence produit une nouvelle obligation, qui opère novation de l'ancienne dette ; or, c'est en vertu de cette obligation, qui est assimilée à celle qui résulte d'une stipulation, que le père est poursuivi *de peculio* (voy. *Vinnius*).

(1) Il en serait de même si le défendeur avait dispensé le demandeur du serment au moment où celui-ci était disposé à le prêter.

(2) Le juge n'a donc qu'un fait à examiner, celui de la prestation du serment : aussi l'action *jurejurando* est-elle *in factum*. (Voy. p. 534).

R. Elle se donne contre ceux qui ont dégradé ou qui ont fait dégrader l'*album* du préteur. On appelait ainsi le tableau blanchi sur lequel l'édit du préteur était inscrit en caractères noirs (voy. p. 528, note 1), et qui était exposé au Forum, afin que chacun pût en prendre connaissance.

D. Contre qui se donne l'action *de patrono aut parente in jus vocato ?*

R. Elle se donne contre le descendant ou l'affranchi qui a appelé son ascendant ou son patron *in jus*, sans la permission du préteur. La peine est de 50 pièces d'or.

D. Dans quelles circonstances se donne l'action *de in jus vocato vi exempto* ?

R. Le défendeur appelé devant le magistrat, *in jus*, et qui n'obéissait pas à l'injonction que lui faisait, à cet égard, le demandeur, pouvait y être contraint par la force. Or, pour empêcher que les amis du défendeur ne tentassent de s'opposer à cette contrainte, le préteur a introduit l'action dont il s'agit contre ceux qui emploient ou font employer la violence pour empêcher qu'on ne traduise le défendeur *in jus*. Cette action donne à celui qui traduisait son adversaire devant le magistrat le droit de se faire payer, par les auteurs de la violence, une somme équivalente à la valeur du procès, sans préjudice des droits qu'il conserve contre son adversaire primitif.

D. Les actions *préjudicielles* ne peuvent-elles pas être comprises parmi les actions réelles ?

R. Oui (*præjudiciales actiones in rem esse videntur*, § 13). En effet, la question posée dans le *præjudicium* est conçue en termes généraux ; le juge est chargé de vérifier si un tel est libre, si un tel est affranchi, si un tel est fils de telle autre personne. Il en résulte que le défendeur n'est pas nommé dans l'*intentio* qui compose ici toute la formule (voy. p. 532). Les actions préjudicielles n'ont pas uniquement pour but de décider des questions d'état, c'est-à-dire celles relatives à la liberté, à l'ingénuité, à la filiation ; elles pourraient avoir pour objet le chiffre d'une dette, et l'action ne serait pas personnelle pour cela, si l'obligation elle-même n'était pas mise en contestation. La plupart des actions préjudicielles étaient d'origine prétorienne ; Justinien nous apprend que le *præjudicium* concernant la liberté (*an liber sit*) était à peu près le seul qui vînt du droit civil.

D. Pouvons-nous réclamer une chose qui nous appartient par la condiction proprement dite (voy. p. 422) ?

R. Non (§ 14) ; en effet, suivant la formule de cette action, le défendeur ne doit être condamné qu'autant qu'il sera établi qu'il était obligé à transférer la propriété (SI PARET DARE OPORTERE) ; or, le détenteur de notre chose ne peut être tenu d'une telle obligation, car on ne peut pas nous rendre propriétaire de ce qui nous appartient déjà. — Toutefois, en haine des voleurs, et pour les obliger par un plus grand nombre d'actions, on a établi qu'en outre de l'action de vol, qui les oblige à payer le double ou le quadruple, ils seraient soumis à la condiction quoique le propriétaire ait aussi contre eux l'action réelle (voy. 507).

TROISIÈME DIVISION. — *D.* Comment se divisent les actions par rapport au but dans lequel elles sont intentées ?

R. Elles se divisent en trois classes ; les actions qu'on a appelées, en mauvais français, *persécutoires de la chose* (*rei persequendæ gratia comparatæ*, § 16), c'est-à dire par lesquelles nous réclamons ce dont nous sommes privés, soit qu'on nous ait enlevé ce qui nous appartient, soit qu'on ne nous ait pas donné ce qui nous est dû ; — les actions *pénales* (*pœnæ persequendæ*), par lesquelles nous poursuivons une condamnation pécuniaire à titre de peine ; — et les actions *mixtes*, par lesquelles nous poursuivons en même temps la chose et une peine.

D. Quelles sont les actions *persécutoires de la chose ?*

R. Ce sont toutes les actions réelles, et la plupart des actions personnelles qui naissent des contrats. Cependant l'action de dépôt *misérable*, c'est-à-dire de dépôt fait en cas d'incendie, de trouble, de ruine ou de naufrage, est *mixte*, lors toutefois qu'elle s'exerce contre le dépositaire ou contre son héritier, qui se serait lui-même rendu coupable de dol (1) ; car la condamnation est alors portée au double, pour punir le dépositaire infidèle qui a abusé de la position fâcheuse où se trouvait le déposant (voy. p. 422).

(1) Si l'héritier n'était pas poursuivi pour son dol personnel (*de dolo ipsius*, § 17), mais pour le dol de son auteur, l'action serait au simple contre lui ; parce que la peine ne se poursuit jamais que contre l'auteur du méfait, et non contre ses héritiers ; l'action serait donc purement *persécutoire de la chose*.

D. Les actions qui naissent des délits sont-elles toutes purement pénales ?

R. Non ; les unes sont purement *pénales*, les autres sont *mixtes*. Au nombre des premières, il faut mettre l'action de vol, qui, soit qu'on agisse au double ou au quadruple (voy. p. 503), ne tend toujours qu'à obtenir la peine du délit. En effet, outre cette action, le propriétaire volé a l'action *in rem* pour revendiquer sa chose, ou même, comme nous l'avons dit, la condiction pour s'en faire, dans tous les cas, payer l'estimation. Au contraire, l'action *vi bonorum raptorum* est *mixte*, parce que le quadruple comprend non seulement la peine, mais aussi la chose (voy. p. 508). Pareillement, l'action de la loi *Aquilia* pour le dommage causé à tort *(injuriæ)* est *mixte*, non seulement lorsqu'on agit pour le double contre celui qui a dénié le dommage *(adversus inficiantem)*, mais quelque fois aussi, bien qu'on n'agisse que pour le simple (1). par exemple lorsqu'on a tué un esclave borgne ou boiteux qui aurait été, dans l'année, d'un grand prix et sans défaut. En effet, le maître demande alors la plus haute valeur que l'esclave ait pu avoir dans l'année, et, par conséquent, quelque chose de plus que ce qu'il a perdu.—Est également *mixte* l'action donnée contre celui qui, pour délivrer aux églises et autres établissements religieux les choses qui leur ont été laissées à titre de legs ou de fidéicommis, aurait attendu qu'on le citât en justice ; dans ce cas il est contraint de donner la chose ou la somme léguée, et encore autant à titre de peine, de sorte que la condamnation monte au double (§ 19).

D. N'y a-t-il pas des actions *mixtes* dans un autre sens que précédemment, quoique toujours par rapport au résultat qu'elles entraînent ?

R. Oui ; il y a des actions *mixtes*, en ce sens qu'elles ont un double effet, et donnent au juge un double pouvoir sur les

(1) Il semble au premier coup d'œil que l'action de la loi *Aquilia* ne peut pas se donner au simple ; car, de deux choses l'une : ou il y a désaveu de la part de l'auteur du dommage, et alors l'action se donne au double ; ou il y a aveu, et alors on ne doit pas donner d'action, suivant la maxime *confessus in jure pro judicato habetur* (voy. p. 528). Mais il faut remarquer que l'action dont il s'agit peut se donner *ad æstimandum ;* les parties, d'accord sur l'existence du fait dommageable, peuvent ne pas l'être sur l'estimation du dommage ; c'est alors que se donne l'action au simple : *in hac actione*, porte la loi du 25, § 2, ff. *ad. leg. Aquil.*, 2, 9, *judex non rei judicandæ, sed æstimandæ datur.*

choses et sur les personnes (*tam in rem quam in personam*, § 20), sur les choses qu'on lui permet d'adjuger et sur les personnes qu'il peut condamner. Telles sont les trois actions *familiæ erciscundæ* (en partage d'une hérédité), *communi dividundo* (en partage d'un objet commun), et *finium regundorum* (en règlement des limites). Dans ces trois actions, en effet, le juge a le pouvoir d'adjuger équitablement les choses à l'une et à l'autre des parties, et de condamner celle dont la part serait plus forte à payer à l'autre une soulte en argent ; il a également le pouvoir de condamner l'une ou l'autre des parties, à raison des obligations dont elle serait tenue, soit pour restitution de fruits, soit pour toute autre indemnité (voy. ci-après le tit. XVII, *de l'office du juge*) (1).

QUATRIÈME DIVISION—*D.* Comment se divisent les actions relativement à la quotité de la condamnation ?

R. Elles se divisent en actions données au simple, au

(1) Dans la première édition de cet ouvrage, nous avions donné une autre interprétation à notre célèbre § 20. Nous avions rapporté le système exposé à cet égard, dans la *Thémis*, t. V, p. 368, et d'après lequel le § 20 devrait être entendu ainsi : — Certaines actions, tant réelles que personnelles (c'est ainsi qu'on expliquait les mots *tam in rem quam in personam*), ont un caractère *mixte*, en ce sens que, dans ces actions, le rôle de demandeur appartient également à chacune des parties, ou, ce qui revient au même, en ce sens que le juge peut condamner aussi bien le demandeur que le défendeur, ou adjuger à l'un comme à l'autre ; tandis qu'ordinairement, et dans les actions qu'on appelle pour cela *simples*, le demandeur n'est exposé qu'à être renvoyé de la demande. — Mais cette explication, fort ingénieuse d'ailleurs, est tombée devant l'impossibilité où l'on a été de citer des actions réelles qui eussent le caractère dont on parle. En effet, les trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*, citées dans le texte, sont personnelles (et purement personnelles) ; nous le prouverons au tit. XVII ; voy. d'ailleurs L. 1, ff. *fin. reg.* 10, 1 ; L. 1 § 1, C. 7, 1, *de annal. except.* On a invoqué les *præjudicia* ; mais dans ces actions, le rôle de demandeur appartient véritablement à celui qui exerce l'action, et d'ailleurs on ne peut pas dire de ces actions ce que le texte dit des trois actions précédentes, pour indiquer ce qui les rend mixtes. *In quibus tribus judiciis permittitur judici rem alicui ex litigatoribus ex bono et æquo, adjudicare, et, unius pars prægravare videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare*, § 20. Nous croyons que l'explication donnée plus haut, et qui est celle à laquelle M. Ducaurroy s'est arrêté dans la dernière édition de ses *Institutes expliquées*, nos 1209 et suiv., est de beaucoup plus satisfaisante et plus conforme au texte (voy. p. 537).

double, au triple ou au quadruple (1), c'est-à-dire pour obtenir une condamnation simple, double, triple, ou quadruple de ce qui est porté dans l'*intentio*, ou, en d'autres termes, de ce dont le demandeur se prétend privé.

D. Quand l'action se donne-t-elle au simple ?

R. L'action se donne au simple toutes les fois qu'elle est *persécutoire de la chose ;* parmi les actions *pénales*, il y en a aussi qui sont données au simple ; telle est l'action *de in jus vocato vi exempto.*

D. Quand agit-on au double ?

R. On agit au double, par exemple, en cas de vol non manifeste, en cas de dommage prévu par la loi *Aquilia*, en cas de dépôt misérable, en cas de corruption d'esclave (2) ; en cas de legs faits à des établissements religieux.

D. N'y a-t-il pas une distinction à faire entre les diverses actions au double que vous venez de citer ?

R. Oui ; parmi ces actions, les unes se donnent toujours au double, comme celles de vol non manifeste et en corruption d'esclave ; les autres ne se donnent au double qu'en cas de dénégation, comme les actions de la loi *Aquilia* et de dépôt misérable, ou en cas de retard, comme pour les legs faits à des établissements religieux (§ 16).

D. Quand est-ce qu'on agit au triple ?

R. Justinien a permis d'agir au triple contre celui qui, dans l'exposé de sa demande *(in libello)*, a demandé plus qu'il ne lui était dû, afin que les huissiers *(viatores, id est executores litium*, § 24) pussent exiger du défendeur une somme plus forte pour leurs salaires : car ces salaires étaient

(1) Aucune action ne monte au quintuple (§ 21) .— Il est probable que, dans les actions données au simple, la *condamnation* de la formule portait une quotité égale à celle énoncée dans l'*intention (si paret X millia dare oportere, X millia condemna)* ; et que, dans les actions au double, au triple, etc., la *condamnation* portait une quotité multiple de celle énoncée dans l'*intention.*

(2) L'action en corruption d'esclave (*servi corrupti*) se donne contre celui qui a poussé l'esclave d'autrui à se soustraire par la fuite à la puissance de son maître, à se révolter, à se débaucher, qui l'a enfin rendu vicieux d'une manière quelconque. Dans cette action, on comprend dans le montant de la condamnation la valeur des choses que l'esclave a emportées dans sa fuite.

proportionnés au montant de la demande. Le défendeur peut demander trois fois la valeur du dommage qu'il a souffert par ce moyen, en sorte toutefois que le dommage se trouve compté pour une, et que la peine n'est que du double (1).

D. Quand est-ce qu'on agit au quadruple ?

R. On agit au quadruple, par exemple, dans l'action de vol manifeste, dans l'action *quod metus causa*, dans l'action qui se donne contre ceux qui se sont fait donner de l'argent pour intenter à quelqu'un un mauvais procès(*calumniæ causa*), ou pour renoncer à l'intenter ; Justinien a aussi permis d'agir au quadruple contre les huissiers qui ont exigé des salaires à un taux excédant le taux légal (§ 25). Il faut remarquer que l'action *quod metus causa* diffère des autres actions au quadruple, en ce que la nature de cette action permet au juge d'absoudre le défendeur qui, suivant ses ordres *(judicis jussu)*, aurait restitué au demandeur ce qu'on avait obtenu de lui par crainte (2), tandis que, dans l'action de vol manifeste, par exemple, le défendeur est indistinctement condamné au quadruple (§ 27).

CINQUIÈME DIVISION.—*D.* Comment se divisent les actions relativement à l'étendue des pouvoirs du juge ?

R. Elles se divisent en actions de bonne foi (*bonæ fidei*, actions de droit strict *(stricti juris)*, et actions arbitraires *(arbitrariæ)*.

D. Qu'entend-on par actions de bonne foi ?

R. On appelle ainsi celles qui donnent au juge le pouvoir de statuer, non d'après la rigueur du droit civil, mais d'après l'équité, d'après la bonne foi (3). Telles sont les actions

(1) Sous Justinien, qui paraît avoir généralisé un mode d'introduire l'instance qui s'était pratiqué avant lui dans des cas urgents, le demandeur présentait au magistrat une requête signée de lui *(libellus)* et contenant l'exposé de sa demande. Sur le vu de cette requête, le magistrat rendait une ordonnance contenant l'ordre d'assigner le défendeur et de lui communiquer le *libellus*. Cette ordonnance était exécutée par un des huissiers du tribunal.

(2) Voyez ce que nous disons plus loin sur les actions *arbitraires*.

(3) Le nom d'actions *bonæ fidei* leur vient de ce que, pour autoriser le juge à prendre en considération les circonstances qui devaient modifier l'obligation du défendeur, d'après l'équité, on avait imaginé d'ajouter dans l'*intentio* de la formule les mots EX FIDE

résultant de la vente, du louage, de la gestion d'affaires, du mandat, du dépôt, de la société, de la tutelle, du commodat, du gage, les actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, l'action *præscriptis verbis*, lorsqu'elle naît de l'échange ou du contrat *innommé* appelé *estimatoire* (1), et enfin la pétition d'hérédité (2).

D. Quelles sont les actions qu'on appelle de droit strict ?

R. Ce sont celles qui, n'autorisant pas le juge à statuer d'après l'équité, le laissent obligé de prononcer d'après le droit civil. Telles sont les actions *ex stipulatu* et *ex testamento*, la condiction qui naît d'un *mutuum* (3), les actions qui naissent des délits.

D. Quel est l'effet de la différence des actions de bonne foi et de droit strict, relativement à la compensation ?

R. Le pouvoir que le juge a, dans les actions de bonne foi, d'apprécier la bonne ou mauvaise foi des parties, l'autorise implicitement à fixer le montant de la condamnation d'après l'équité (*ex æquo et bono*) ; et conséquemment, si le demandeur était lui-même tenu de quelque obligation envers le défendeur, le juge, appréciant les engagements respectifs des

BONA (voy. *Gaius* 4, § 47 ; *Cicéron* 3, Offic. 17). La création des actions de bonne foi et l'introduction des *exceptions* (voy. le tit. XII ci-après), qui avaient l'une et l'autre pour but d'éluder et de corriger la rigidité du droit primitif, du droit des Douze Tables, signalent le passage du *jus civile* au *jus gentium* (voy. *Introd.* p. 40). — Nous avons déjà dit, p. 529, que le juge des actions de bonne foi s'appelait *arbiter*, par opposition au *judex* des actions de droit strict.

(1) Le contrat estimatoire a lieu lorsqu'une chose est remise à un commissionnaire pour la vendre tel prix, de manière que, si elle est vendue au-dessus de ce prix, l'excédant profite au commissionnaire ; si la chose n'est pas vendue, elle peut être restituée. On a douté si, en pareils cas, il y a vente, louage de services, société ou mandat ; dans le doute, on accorde une action *præscriptis verbis* (voyez page 418).

(2) L'énumération des actions de bonne foi que nous donnons ici, d'après le texte des Institutes (§ 28), est-elle limitative ? C'est une question controversée. Vinnius soutient l'affirmative, en se fondant sur ce que Justinien, en faisant l'énumération dont il s'agit, ne l'a pas fait précéder de la proposition restrictive *veluti*.

(3) On peut remarquer que les actions de droit strict sont restées attachées aux contrats ou quasi-contrats unilatéraux, tandis que les actions de bonne foi ont été attribuées aux contrats ou quasi-contrats qui produisent des actions synallagmatiques (voy. p. 419).

deux parties, ne condamnerait le défendeur que déduction faite de ce qui lui est dû par le demandeur, ou même ne le condamnerait pas du tout, s'il était créancier d'une somme plus forte que celle dont il serait reconnu débiteur. C'est seulement ainsi que pouvait s'opérer la compensation. Car la coexistence de deux obligations respectives n'empêchait pas chacune d'exister aux yeux du droit civil ; en d'autres termes, la compensation n'était pas mise au nombre des manières d'éteindre les obligations de plein droit (voy. p. 416). Aussi, dans les actions de droit strict, le juge ne pouvait opérer aucune compensation ; il devait condamner le défendeur à payer intégralement la dette qui résultait pour celui-ci d'une stipulation, par exemple, ou d'un testament, sans avoir à s'inquiéter si le défendeur n'était pas lui-même créancier du demandeur à d'autres titres (1). Ceci se rapporte à l'ancien droit. Car Justinien a décidé que la compensation des choses liquides *(quæ jure aperto nituntur)* (2) serait admise de droit dans toutes les actions indistinctement, tant réelles que personnelles, excepté dans l'action de dépôt, ou lorsqu'on agit contre une personne qui s'est emparée de force de la chose d'autrui (3).

D. Ne comptait-on pas autrefois l'action *rei uxoriæ* (des reprises de l'épouse) parmi les actions de bonne foi ?

(1) Pour que le juge eût pouvoir de faire ces recherches, il aurait fallu qu'il y fût spécialement autorisé par la formule, et c'est ce qui arrivait lorsque, conformément à un rescrit de Marc-Aurèle, le prêteur ajoutait à la formule conçue *in jus* l'exception de dol. Cette exception, en effet, modifiant l'ordre de condamner, et exceptant de la généralité de cet ordre le cas où il y aurait dol, permettrait au juge d'absoudre le défendeur, si le demandeur lui devait une somme égale à celle réclamée, ou de ne le condamner que déduction faite de ce que le demandeur lui devait lui-même ; car il y a dol à exiger une somme d'une personne à qui nous en devons une pareille (voy. le titre *des exceptions*).

(2) De ce que, sous Justinien, la compensation était admissible même dans les actions réelles, il paraît résulter, quoique ce ne soit pas l'avis de tous les interprètes, que le juge peut autoriser le payement d'une chose pour une autre *(rem pro re)* quand le détenteur de la chose revendiquée est créancier du revendiquant. La valeur de la chose revendiquée était alors arbitrée par le juge.

(3) Cela fait supposer que, sous Justinien, il y a encore des *actions* et des *exceptions* ; mais ces mots ne sont plus employés dans leur signification propre et primitive. Sous Justinien, le magistrat est réputé recevoir de la loi l'*action* et l'*exception* que le juge recevait autrefois du préteur (voy. p. 536).

R. Oui ; mais voici les innovations que Justinien a introduites sur ce point. La femme avait autrefois deux actions pour répéter sa dot (1), l'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu*. Cette dernière ne pouvait résulter que d'une stipulation formelle ; mais elle était plus avantageuse à la femme principalement : 1o en ce que, par cela même qu'elle était de droit strict, elle contraignait le mari à rendre la dot intégralement, sans pouvoir faire les retenues (à raison, par exemple, des dépenses utiles faites pour l'entretien de la chose dotale) que l'action *rei uxoriæ* l'autorisait à faire ; 2o en ce qu'elle l'obligeait à restituer la dot de suite, tandis que, dans l'action *rei uxoriæ*, il avait un certain délai, du moins lorsqu'il s'agissait de choses fongibles (voy. p. 421). Justinien, en supprimant l'action *rei uxoriæ*, donne à la femme dans tous les cas, et alors même qu'il n'y a pas eu de stipulation, l'action *ex stipulatu ;* mais, par une singularité remarquable, il déclare que l'action *ex stipulatu* deviendra alors, et pour ce cas seulement, une action de bonne foi. En effet, cette action laisse au mari le bénéfice de compétence (voy. plus loin, p. 562) et un délai d'une année pour la restitution des objets dotaux autres que les immeubles, qui doivent être restitués immédiatement (L. *un.*, C. § 7, *de re ux.*, 5, 13).

D. Justinien n'a-t-il pas accordé un autre avantage à la femme ?

R. Oui, il a accordé en outre à la femme une hypothèque tacite, ou plutôt un privilège sur les biens du mari ; car la femme est préférée même aux créanciers hypothécaires anté-

(1) Pour savoir si la dot devait être restituée, et à qui elle devait l'être, on distinguait, dans l'ancien droit, l'origine de cette dot et la manière dont le mariage avait été dissous. La dot était *profectice* quand elle provenait d'un ascendant paternel de la femme ; elle était *adventice* quand elle provenait de toute autre origine.—Lorsque le mariage était dissous par le prédécès de la femme, le mari n'était tenu de rendre la dot profectice qu'à l'ascendant donateur, s'il existait ; il ne rendait la dot adventice au constituant ou à ses héritiers que dans le cas où cette restitution avait été promise par une stipulation.—En cas de divorce ou de prédécès du mari, la dot, profectice ou adventice, devait être restituée à la femme seule, si elle était *sui juris ;* sinon concurremment à la femme et à l'ascendant dont elle dépendait. Cette restitution avait lieu au moyen de l'action *rei uxoriæ*. Justinien accorde l'action *ex stipulatu* à la femme et à ses héritiers, sans distinguer si la dot est adventice ou profectice, si le mariage a été dissous par le décès de la femme ou du mari, et quoiqu'il n'y ait pas eu stipulation, mais comme si la stipulation avait été sous-entendue.

rieurs en date ; ce qui est contraire aux principes des hypothèques. Du reste, ce droit de préférence n'a lieu que lorsque c'est la femme elle-même qui poursuit le recouvrement de sa dot (*cum ipsa mulier*, § 29) ; il ne passe pas à ses héritiers, ou du moins à tous ses héritiers : c'est une question controversée de savoir s'il passe toujours aux enfants (voyez *M. Ducaurroy*, n° 4227).

D. Quelles sont les actions qu'on appelle arbitraires ?

R. Ce sont celles qui autorisent le juge à déterminer une satisfaction que le défendeur devra donner au demandeur, et à absoudre le premier, dans le cas où il aurait, en effet, donné la satisfaction prescrite. Dans ces sortes d'actions, la *condamnation* est soumise non seulement à la vérification du point de fait ou de droit énoncé dans l'*intentio*, mais encore à la condition que le défendeur n'aura pas fourni la satisfaction à lui imposée par le juge (*nisi arbitrio judicis actori satisfaciat*) (1).

D. Y a-t-il des actions arbitraires, tant parmi les actions réelles que parmi les actions personnelles ?

R. Oui. Toutes les actions réelles sont arbitraires, à l'exception de la *pétition d'hérédité*, qui est la seule réelle parmi les actions de bonne foi. Au nombre des actions personnelles arbitraires, on peut mettre l'action *quod metus causa* (voy. p. 545), l'action de *dolo malo*, l'action par laquelle on demande ce qui a été promis dans un lieu déterminé (*de eo quod certo loco promissum est*), l'action *ad exhibendum*. Dans ces diverses actions, il est permis au juge d'arbitrer d'après l'équité, et suivant la nature de l'affaire (2), comment on devra satis-

(1) L'ordre du juge qui détermine la stipulation à donner, est obligatoire pour le demandeur comme pour le défendeur.—Le demandeur ne peut pas refuser la satisfaction prescrite.— Le défendeur peut être contraint *manu militari* à exécuter ce que le juge a prescrit, par exemple, à restituer la chose revendiquée, lorsqu'elle est en sa possession. En cela, le *jussus* ou *arbitrium* du juge qui détermine la satisfaction à fournir par le défendeur, diffère de la condamnation, qui porte toujours une somme à payer (*Gaius*, 2, § 48). Voyez page 529.

(2) *Veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servam dedat*, § 31.—Dans les actions réelles, la satisfaction prescrite par le juge consiste toujours à restituer la chose. Cependant, dans l'action servienne et quasi-servienne, on laisse au défendeur le choix de restituer la chose hypothéquée, ou de payer la dette.—Lorsque la chose revendiquée a été restituée, de gré ou de force, au demandeur, la condamnation peut encore comprendre les frais et autres acces-

faire le demandeur, et d'absoudre le défendeur qui fournirait cette satisfaction.

D. Le juge peut-il porter dans sa sentence des sommes ou des choses indéterminées?

R. Non ; lors même qu'on aurait agi pour des choses ou des sommes incertaines, comme dans l'action *ex testamento*, quand on demande *quidquid ex testamento dare vel facere oportet*, le juge doit, autant que possible (1), ordonner de restituer ou condamner à payer des choses ou des sommes déterminées (§ 32) ; sans cela la sentence serait nulle (L. 3 et 4, C. *de sent. quæ sine cert. quant.* 7, 46).

D. Quand y a-t-il *plus-pétition ?*

R. Il y a *plus-pétition* lorsque le demandeur comprend dans sa demande (dans l'*intentio* de la formule) plus qu'il ne lui est dû ; ce qui peut arriver de quatre manières : 1o *à raison de la chose* (*re*), lorsqu'on demande une somme plus forte que celle qui est due, ou lorsqu'on se prétend propriétaire de la totalité d'une chose, quand on n'a droit que sur une partie ; 2o *à raison du temps* (*tempore*), lorsqu'on demande purement et simplement ce qui est dû à terme ou sous condition : il est clair, en effet, que cent écus payés aujourd'hui valent plus que cent écus payés dans un an ; 3o *à raison du lieu* (*loco*), lorsqu'on demande dans un lieu ce que le débiteur a promis de payer dans un autre, sans faire mention du lieu convenu pour le paiement, par exemple, lorsqu'on demande purement et simplement à Rome ce qu'on a stipulé payable à Ephèse ; car alors la demande tendrait à priver le promettant de l'avantage de payer à Ephèse (2) ; 4o *à raison de la*

soires. Si le défendeur était dans l'impossibilité de restituer, et que ce fût par son dol, il serait condamné suivant l'estimation fixée et jurée par le demandeur (L. 68, ff. *de rei vind.*, 6, 1). Voyez p. 194.

(1) Il y a des cas où il est impossible au juge de déterminer l'objet à livrer ou à restituer, comme lorsque plusieurs choses sont dues sous l'alternative, ou lorsqu'une chose est due en général, car le choix appartenant au débiteur, le juge ne pourrait, sans nuire au droit de celui-ci, déterminer la chose à payer. Voyez au surplus, p. 532.

(2) Cet avantage peut être considérable, car telle marchandise, telle denrée, peut valoir beaucoup plus dans un lieu que dans un autre. Quand donc on demande à Rome ce que le débiteur a promis de payer dans un autre lieu il ne faut pas soutenir purement et simplement qu'il y a obligation (*pura intentione*), il faut ajouter qu'il y a obliga-

cause, lorsqu'en déterminant, dans l'*intentio* de l'action, l'objet de l'obligation, on enlève au débiteur le choix qui lui appartient, comme quand, après avoir stipulé *dix mille sesterces ou l'esclave Stichus*, on borne sa demande à l'une des deux choses ; car alors, quand même l'objet demandé serait d'une valeur moindre *(licet vilissimum)* que l'autre, comme il peut être plus commode au débiteur de donner l'objet qui ne lui est pas demandé, la demande est regardée comme exorbitante. Il en serait de même de celui qui, ayant stipulé une chose en général, par exemple, un esclave, voudrait dans sa demande en fixer l'espèce, et demanderait, pour continuer le même exemple, l'esclave *Stichus*.

D. Quel est l'effet de la plus-pétition ?

R. Dans l'ancien droit celui qui demandait plus qu'il ne lui était dû perdait sa cause, c'est-à-dire était déchu de ses droits *(rem amittebat)* (1). Il n'aurait pu être relevé de cette déchéance que par une *restitution en entier ;* mais le préteur accordait difficilement la restitution en entier, à moins qu'on ne fût mineur de vingt-cinq ans (v. p. 497). Cependant, lorsque l'erreur du demandeur avait été telle que l'homme le plus judicieux eût pu être trompé, le préteur venait aussi au secours du majeur de vingt-cinq ans ; comme lorsqu'on avait demandé un legs en entier, et que le défendeur produisait ensuite des codicilles jusque-là ignorés, qui révoquaient le legs en partie ou qui, contenant des legs faits à d'autres légataires, rendaient le premier legs réductible aux trois quarts, en vertu de la loi Falcidie.

Mais l'ancien droit a été sur ce point abrogé par Zénon et par Justinien. La constitution de Zénon ne prévoit que la plus-pétition en raison du *temps* ; elle porte qu'en ce cas le

tion de payer *dans tel lieu* ; alors l'action devient arbitraire (voy. p. 558), et le juge peut, dans la condamnation qu'il prononce, à défaut, par le débiteur, d'avoir satisfait le créancier, avoir égard à l'avantage résultant pour le premier de la faculté de payer dans le lieu convenu, comme il aurait égard à l'intérêt que le créancier aurait à ce que le paiement se fît en ce lieu, si c'était en sa faveur qu'on avait désigné le lieu du paiement.

(1) En effet, la condamnation était subordonnée à la vérification de l'*intentio* (*si paret X millia dare oportere*). Or, lorsque le défendeur devait moins que la somme énoncée dans l'*intentio*, la condition qui pouvait seule amener la condamnation ne se réalisant pas, le défendeur devait être absous. C'est une conséquence du système des formules, conséquence qui a dû disparaître avec l'abolition de ce système.

délai sera doublé en faveur du défendeur, et que, le délai expiré, le demandeur ne pourra introduire une nouvelle instance qu'après avoir payé les dépenses occasionnées par sa demande prématurée. La constitution de Justinien décide que celui qui aura demandé plus de toute autre manière qu'à raison du temps, sera condamné à payer au défendeur le triple du dommage que cette demande lui aura causé (voy. p. 554).

D. Celui qui demande moins qu'il ne lui est dû, court-il quelque risque ?

R. Non *(sine periculo agit*, § 34) ; toutefois, dans l'ancien droit, non seulement il fallait une nouvelle action pour demander ce qui restait dû, mais on ne pouvait intenter utilement cette action sous la même préture (voy. *Gaius*, 4, § 56). Zénon a dispensé d'une nouvelle demande, en autorisant le juge à condamner pour la totalité, quand même on n'aurait primitivement demandé que partie.

D. Celui qui demande une chose pour une autre encourt-il quelque déchéance ?

R. Non *(nihil eum periclitari*, § 35). Anciennement, celui qui avait demandé une chose pour une autre, par exemple, celui qui avait demandé l'esclave Erote tandis qu'on lui devait l'esclave Stichus, ou qui avait demandé une chose en vertu d'un testament quand elle lui était due en vertu d'une stipulation, pouvait intenter une nouvelle action (*Gaius*, 4, § 53), parce qu'en effet on ne pouvait pas lui opposer l'autorité de la chose jugée, puisque le nouveau procès ne s'élevait pas à raison du même objet, ou n'était pas fondé sur la même prétention. Dans la suite, on permit au demandeur de corriger sa demande primitive *(in eodem judicio)*, de sorte qu'il ne fût plus nécessaire de former une nouvelle instance.

Sixième division.—*D.* Obtient-on toujours dans toutes les actions la totalité de ce qui est dû ?

R. Non ; il y a des actions par lesquelles on obtient tantôt la *totalité*, tantôt *moins que la totalité*. C'est ce qui a lieu dans l'action *de peculio*, laquelle n'est donnée contre le père de famille que jusqu'à concurrence du pécule, de sorte que si l'obligation contractée par le fils ou l'esclave excède le pécule, le demandeur n'obtient pas la totalité. Pareillement, on obtient *moins que la totalité* lorsqu'il y a lieu à la compen-

sation (voy. p. 556), ou lorsque le défendeur jouit du bénéfice de compétence.

D. Q'est-ce que le bénéfice de compétence ?

R. On appelle ainsi le droit particulier, accordé à certaines personnes, de n'être condamnées que jusqu'à concurrence de leurs facultés (*quatenus facere possunt*), c'est-à-dire pour ce qu'elles peuvent payer sans se priver des choses nécessaires à la vie.

D. A quelles personnes ce bénéfice a-t-il été accordé ?

R. Le bénéfice de compétence a été accordé au mari poursuivi en répétition de la dot (1) (§ 37), aux ascendants, aux patrons actionnés par leurs descendants, ou leurs affranchis, à l'associé poursuivi par son associé, au donateur poursuivi à raison de la donation (§ 38), enfin au débiteur poursuivi par les créanciers auxquels il a fait cession de biens, sur ce qu'il aurait acquis depuis la cession (§ 40) (2).

TITRE VII.—*Des actions données à raison des affaires traitées avec un individu* alieni juris.

SEPTIÈME DIVISION.—*D.* Ne sommes-nous obligés que par notre fait ?

R. Dans la rigueur du droit civil, on ne pouvait être obligé que par son propre fait. Le mandant même n'était pas obligé envers celui qui avait traité avec le mandataire ; mais les préteurs ont jugé équitable qu'on fût, dans certains cas, obligé par le fait d'autrui. C'est sur cela qu'est fondée la distinction des actions *directes* ou *indirectes*. Les actions directes sont celle qui sont données contre quelqu'un à raison de son propre fait (3). Les actions indirectes sont celles

(1) Justinien en annonçant que la répétition de la dot est aussi diminuée par certaines retenues, dit que les dépenses nécessaires diminuent la dot *ipso jure*, c'est-à-dire sans qu'il y ait besoin d'exception. Cela n'avait lieu dans l'ancien droit que dans l'action *rei uxoriæ* ; mais la retenue avait lieu non seulement pour les dépenses nécessaires, mais aussi pour les dépenses utiles.

(2) Remarquez que le bénéfice de compétence est un privilège personnel, qui ne profite ni aux héritiers ni aux fidéjusseurs.

(3) Les actions sont appelées *directes* dans un autre sens lorsqu'elles sont opposées aux actions contraires (voy. p. 426). Dans une troisième

qui ne résultent pas du fait de celui contre qui elles sont données ; elles proviennent particulièrement de l'engagement contracté ou du méfait commis par un individu soumis à sa puissance, ou même du dommage causé par l'animal qui lui appartient (voy. tit. IX ci-après).

D. Quelles sont les actions indirectes que le droit prétorien accorde contre le père de famille, à raison des contrats passés avec son fils ou son esclave ?

R. Il y en a six : l'action *quod jussu*, l'action exercitoire, l'action institoire, l'action tributoire, l'action *de peculio*, et l'action *de in rem verso*.

D. Ces actions sont-elles absolument distinctes des actions directes ?

R. Non, elles ne sont qu'une modalité, que l'accessoire d'une action directe née de l'obligation ou du contrat formé par le fils ou l'esclave. Ainsi, si ces derniers ont fait un contrat de vente, le père de famille sera poursuivi au moyen d'une action qu'on nommera *venditi quod jussu*, ou bien, *venditi institoria*, etc., suivant les distinctions que nous allons définir.

D. Qu'est-ce que l'action *quod jussu ?*

R. C'est une action accordée contre le père de famille ou le maitre pour le contraindre à acquitter en entier (*in solidum*, § 1) les obligations que son fils ou son esclave a contractées par son ordre (*jussu*). C'est avec justice que le prêteur a introduit cette action ; car celui qui, dans de telles circonstances, a traité avec le fils ou l'esclave, semble avoir surtout suivi la foi du père de famille.

D. Qu'est-ce que l'action exercitoire ?

R. C'est une action donnée contre le maître qui a préposé son esclave, ou contre le père qui a préposé son fils comme patron d'un navire, à raison des négociations faites avec ce dernier relativement à l'objet pour lequel il est préposé. Comme il semble que c'est conformément à la volonté du

acception, on appelle *directes* les actions qui sont exercées dans le cas même pour lequel elles ont été instituées ; alors on les oppose aux actions *utiles* qui sont données par analogie, par extension, dans des cas semblables à ceux pour lesquels elles sont établies (voy. p. 167 et 512).

maître ou du père que le contrat a eu lieu, le préteur a trouvé équitable d'accorder contre ces personnes une action pour la totalité de la dette. Cette action se nomme *exercitoire*, parce qu'on appelle *exercitor* (armateur) celui auquel revient le bénéfice journalier du navire (§ 3).

D. Qu'est-ce que l'action institoire ?

R. C'est une action qui se donne contre le maître ou le père qui a préposé son esclave ou son fils de famille à un commerce quelconque, à raison des engagements pris par ce dernier relativement à l'objet auquel il est préposé. On nomme cette action institoire, parce que le préposé s'appelle *institor;* elle se donne aussi pour la totalité.

D. Les actions exercitoire et institoire ne se donnent-elles que lorsque c'est un esclave ou un fils de famille qui est préposé ?

R. Elles se donnent encore lorsque le préposé est un homme libre ou un esclave qui n'est point sous la puissance du préposant. En effet, la raison d'équité est la même.

D. Qu'est-ce que l'action tributoire ?

R. Lorsqu'un fils de famille ou un esclave emploie tout ou partie de son pécule pour faire un commerce dont son père ou son maître a connaissance, et que l'on contracte avec lui relativement à ce commerce, le préteur veut que la totalité *du fonds de commerce* et les bénéfices qui en proviennent soient proportionnellement distribués entre le maître, s'il lui est dû quelque chose, et les autres créanciers qui demandent leur payement. Et comme le préteur autorise le père ou la mère à faire cette distribution, si l'un des créanciers se plaint de ce qu'on ne lui a pas attribué ce qui devait lui revenir, le préteur accorde à celui-ci l'action qu'on nomme *tributoire.*

D. Qu'est-ce que l'action *de peculio ?*

R. C'est une action donnée à ceux qui ont contracté avec le fils de famille ou l'esclave, contre le père ou le maître, pour le forcer à payer jusqu'à concurrence du pécule, quoiqu'il n'ait pas donné son consentement à l'obligation (*sine voluntate domini,* § 4) (1). Pour évaluer le pécule, on déduit

(1) Si l'obligation avait été contractée avec le consentement du père ou du maître, il y aurait lieu à l'action *quod jussu.* — Voyez ce que nous avons dit de l'action *de peculio,* p. 548.

d'abord ce que l'esclave ou le fils doit à son maître ou au père de famille, ou bien à la personne soumise à la puissance de ce dernier, et c'est seulement ce qui reste qui compose le pécule. Quelquefois, cependant, l'on ne déduit pas du pécule ce que le fils ou l'esclave doit à la personne soumise à la puissance du père ou du maître ; c'est lorsque cette personne fait elle-même partie du pécule, c'est-à-dire est un esclave *vicaire* (§ 4 *in fine*) : alors, en effet, ce qui serait payé à cet esclave rentrerait dans le pécule ; il y a confusion.

D. Qu'est-ce que l'action *de in rem verso ?*

R. C'est une action que le préteur donne à ceux qui ont contracté avec le fils de famille ou l'esclave, contre le père ou le maître, à raison et jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de celui-ci. On considère comme ayant tourné au profit du maître ou du père toutes les dépenses nécessaires ou utiles (L. 3, § 2. 4, ff. *de in rem verso* 15, 3) faites dans l'intérêt de celui-ci par le fils ou l'esclave, par exemple, si l'argent emprunté par ce dernier a servi à payer des créances, à étayer des bâtiments qui s'écroulaient, etc.

D. Peut-on agir *de peculio* et *de in rem verso* par une seule et même action ?

R. Oui, et c'est ce qui arrive le plus ordinairement (1), parce que le créancier obtient souvent par ce moyen la totalité d'une dette dont il n'aurait obtenu qu'une partie en exerçant une des deux actions. En effet, la formule contient dans ce cas deux condamnations (*duas condamnationes* : voy. p. 532), et le juge peut d'abord examiner si quelque chose a tourné au profit du maître ou du père ; et, après avoir reconnu que celui-ci n'a profité de rien, ou n'a pas profité de tout, passer à l'évaluation du pécule. Ainsi, lorsque l'esclave de Sempronius, ayant emprunté de Titius une somme de dix sesterces, en paye cinq aux créanciers de son

(1) C'est en ce sens, selon nous, qu'on doit entendre le § 4, et non en ce sens que les actions *de peculio* et *de in rem verso* n'en formeraient qu'une, car chacune de ces actions peut s'exercer indépendamment de l'autre, mais non pas l'une après l'autre (voy. *Vinnius*). Dans le Digeste, le titre *de peculio* est distinct du titre *de in rem verso* ; voy. liv. XV, tit. II et III. L'action *in rem verso* est perpétuelle, tandis que l'action *de peculio* ne dure qu'un an après la mort de l'esclave ou tout autre événement qui dissout le pécule. Voy. toutefois M. *Ducaurroy*, n° 1251.

maître et dépense les cinq autres d'une manière quelconque, Sempronius doit être condamné en totalité pour les cinq sesterces dont il a profité, et, pour les cinq autres, jusqu'à concurrence du pécule.

D. La même affaire ne peut-elle pas donner lieu à l'action *quod jussu* ou à l'action soit institoire, soit exercitoire, et à l'action *de peculio* ou *de in rem verso* ?

R. Oui, ces actions peuvent concourir ; et il est libre alors au créancier de choisir celle qu'il voudra exercer. Mais on serait bien fou, dit le texte, § 5, d'abandonner l'action *quod jussu*, ou l'action, soit institoire, soit exercitoire, par laquelle on peut facilement obtenir la totalité, pour se soumettre à l'embarras de prouver que le maître ou le père a profité de la chose, que l'esclave a un pécule, et un pécule suffisant pour solder la totalité. L'action tributoire peut aussi concourir avec l'action *de peculio* et *de in rem verso*, et le créancier peut choisir l'une ou l'autre suivant son intérêt. Lorsqu'il est beaucoup dû au maître ou au père sur le pécule, le créancier a ordinairement intérêt à agir par l'action tributoire, parce que, dans cette action, le maître ou le père n'a aucun privilège, c'est-à-dire que l'on ne déduit pas ce qui lui est dû, et qu'il est assimilé aux autres créanciers : tandis que, dans l'action *de peculio*, on commence par déduire ce qui lui est dû et on ne le condamne envers les créanciers que jusqu'à concurrence du surplus. D'un autre côté, et particulièrement lorsqu'il est dû peu au maître ou au père, on peut avoir intérêt à exercer l'action *de peculio ;* parce que cette action porte sur la totalité du pécule ; tandis que l'action tributoire ne porte que sur la partie du pécule qui forme le *fonds de commerce ;* cet intérêt augmente lorsqu'une partie de l'obligation a tourné au profit du père et du maître, parce qu'on peut, comme nous l'avons dit, agir *de peculio* et *de in rem verso* en même temps.

D. Est-il toujours indifférent, relativement aux actions dont vous venez de parler, que l'obligation ait été contractée par un fils de famille ou par un esclave ?

R. Non pas toujours *(eadem fere jura ; pr.)*. Il y a certaines causes pour lesquelles l'esclave ne peut pas obliger son maître même *de peculio*, et pour lesquelles cependant le fils de famille pourrait obliger son père (voy. L. 3, § 5 *et seq.* ; l. 5, § 2, ff. *de peculio* 15, 1). A l'inverse, il y a une obligation qui, contractée par l'esclave, obligerait le maître *de*

peculio, et qui cependant n'obligerait pas le père, si elle était contractée par le fils de famille ; c'est l'obligation résultant d'un prêt d'argent. En effet, un sénatus-consulte appelé *Macédonien*, rendu dans le but de réprimer les usures et de prévenir les abus dangereux produits par les emprunts faits par les fils de famille (1), porte que celui qui aura prêté de l'argent à un fils de famille sans le consentement du père de l'emprunteur, n'aura aucune action ni contre le père, ni contre le fils, quand bien même celui-ci deviendrait *sui juris*.

D. Vous avez dit que les actions *quod jussu* et *de in rem verso* sont des actions indirectes introduites par le préteur ; cependant Justinien nous apprend (§ 8) qu'on peut agir par action civile et directe *(directo.. condici)* contre le père ou le maître qui a donné l'ordre de contracter, ou qui a profité du contrat, comme s'il avait lui-même contracté. Pourquoi aurait-on créé des actions indirectes, lorsqu'il existait des actions directes ?

R. Ce que Justinien dit des actions directes dont il s'agit, nous paraît se rapporter au nouveau droit ; nous pensons qu'aux actions indirectes prétoriennes ont succédé des actions directes introduites par la pratique et par l'autorité des jurisconsultes *(condici* PLACET), sans que les premières aient cessé d'exister. Tel est l'avis de Vinnius (voy. toutefois M. *Ducaurroy*, n° 1255). Du reste, l'action directe n'est autorisée que dans deux cas, savoir, lorsqu'on a traité avec le fils de famille ou avec l'esclave par l'ordre du chef de famille, et lorsqu'on a fourni les valeurs qui ont été employées aux affaires de celui-ci.

TITRE VIII.—*Des actions noxales.*

R. Le maître peut-il être poursuivi pour les délits commis par son esclave ?

R. Il ne peut pas l'être directement ; mais on a permis de le poursuivre indirectement par une action *noxale* (2). On

(1) Suivant Théophile, ce sénatus- consulte a été rendu à l'occasion d'un certain *Macedo*, qui, accablé de dettes, résultat des emprunts qu'il avait faits étant fils de famille, avait attenté à la vie de son père pour s'attribuer le patrimoine (v. p. 52).

(2) Le maître ne peut pas être poursuivi *de peculio* à raison des délits de son esclave ; le maître, en confiant un pécule à l'esclave, est censé l'autoriser à contracter sur un pécule, mais non à délinquer.—

appelle *noxale* l'action résultant d'un délit (1), suivant laquelle le défendeur a la faculté de payer le montant de la condamnation ou d'abandonner l'auteur du dommage au demandeur, quel que soit cet auteur, esclave, fils de famille ou animal. (*Corpus quod nocuit.* Instit. § 1). On nomme *noxa* l'auteur du fait nuisible, et *noxia* le fait même, comme le vol, le rapt, l'injure, etc.

D. Un père de famille est donc soumis à l'action noxale à raison des délits commis par son fils ?

R. Anciennement il y était soumis ; mais ce pouvoir du père d'abandonner son fils, et surtout sa fille, à celui qui a souffert le dommage a été abrogé par les mœurs de sorte que, dans le dernier état du droit, l'emploi des actions noxales a été borné aux esclaves seulement. Mais on a permis d'agir directement contre le fils de famille délinquant, et même, lorsqu'il est condamné, on donne contre le père l'action *de peculio*, pour le montant des condamnations prononcées contre le fils (voy. pages 124 et 548).

D. Pourquoi a-t-on permis au maître de s'acquitter par l'abandon noxal ?

R. Parce qu'il eût été injuste que la méchanceté d'un esclave exposât le maître à perdre plus que la personne même de cet esclave (§ 2).

D. Par quel droit ont été instituées les actions noxales ?

R. Elles ont été instituées par le droit civil et par le droit prétorien. Par le droit civil, comme l'action de vol non manifeste, qui tire son origine de la loi des Douze Tables, l'action de dommage causé à tort, qui résulte de la loi *Aquilia*. Par le droit prétorien, comme l'action d'injures et celle de rapt. — L'action *noxale* n'est point une action principale existant par elle-même ; c'est l'action ordinaire résultant de tel délit, modifiée de manière à ce qu'elle laisse au maître la faculté de se libérer par l'abandon noxal. L'action, pour être *noxale*, ne cesse pas d'être l'action *furti*, *legis Aquiliæ*, etc. (2).

Pour que l'action noxale puisse avoir lieu, il faut que le délit commis par l'esclave soit un délit privé ; car pour les délits publics, c'est l'esclave lui-même qui est accusé et puni (L. 4, C. *de nox. act.* 3, 41).

(1) Ou comme un délit.

(2) De même, les actions *quod jussu*, *de peculio*, ne sont que les actions résultant des divers contrats, modifiées par le préteur (voyez p. 549).

D. Quel est l'effet de l'abandon noxal ?

R. Le maître qui se libère en faisant l'abandon noxal, aliène irrévocablement la propriété de l'esclave. Celui à qui l'abandon est fait acquiert cette propriété ; toutefois il serait forcé par le préteur d'affranchir l'esclave, si celui-ci se procurait de l'argent et offrait la réparation du délit, c'est-à-dire ce à quoi peut se monter la condamnation à ce sujet (§ 3). Cela vient sans doute de ce que, le dommage étant ainsi réparé, le maître n'a plus de motif pour conserver une puissance qu'il n'avait acquise qu'à cause du dommage qu'il avait éprouvé (voy. *Vinnius*, *hic*).

D. Contre qui se donne l'action noxale ?

R. Elle se donne contre celui qui possède l'esclave au moment de la *litis contestatio* ; car l'action noxale suit la tête du coupable (1). Si donc votre esclave a commis un délit, tant qu'il est sous votre puissance l'action a lieu contre vous ; mais dès qu'il passe sous la puissance d'un autre, c'est contre ce dernier que l'action est compétente. Lorsque l'esclave est affranchi, il est tenu lui-même directement, et l'action cesse d'être noxale. Réciproquement, une action directe peut devenir noxale. En effet, qu'un homme libre commette un délit et devienne ensuite esclave (voy. p. 103, son maître sera dès lors tenu par une action noxale, qui auparavant aurait été directe (§ 3).

D. Le délit commis par un esclave envers son maître produit-il quelque action contre le délinquant ?

R. Non ; car aucune obligation (2) ne peut exister entre le maître et l'esclave soumis à sa puissance. Ainsi, lors même que l'esclave serait affranchi ou passerait sous la puissance d'un autre, on ne pourrait agir, ni directement contre lui, ni par action noxale contre son nouveau maître. Conséquemment, si l'esclave d'autrui, après s'être rendu coupable d'un délit envers moi, vient à passer sous ma puissance, l'action est éteinte, parce qu'elle est tombée dans un des cas où elle n'aurait pas pu se former. Pareillement, si le maître avait commis quelque tort envers son esclave, celui-ci, quand

(1) Voilà une action personnelle qui *caput sequitur*. C'est, entre plusieurs autres, une preuve que le caractère distinctif des actions réelles ne consiste pas en ce qu'elles se donnent contre tout possesseur (voy. p. 538).

(2) *Nulla obligatio*, c'est-à-dire aucune obligation civile.

même il aurait été affranchi ou aliéné, ne pourrait avoir aucune action (§ 6).

TITRE IX.—*De l'action résultant du dégât causé par un quadrupède, ou action noxale de paupérie.*

D. Le dommage causé par un animal donne-t-il lieu à une action ?

R. Lorsqu'un quadrupède, contre le naturel de son espèce (1), cause un dommage sans y être excité par personne (2), la loi des Douze Tables accorde l'action noxale *de paupérie* contre le maître de l'animal, pour l'obliger à payer l'estimation du dommage causé sans injustice de la part de celui qui l'a occasionné (*sine injuria*). En effet, il ne peut y avoir injustice de la part d'un animal qui est privé d'intelligence (*pr.*).

D. L'édit des édiles (voy. p. 34 et 41) ne contient-il pas quelques dispositions destinées à prévenir les dommages que les animaux dangereux pourraient causer ?

R. Oui : l'édit des édiles défend d'avoir sur la voie publique un chien, un sanglier, un ours ou tout autre animal capable de nuire, soit qu'on le laisse libre, soit qu'on le tienne attaché de manière à ne pas l'empêcher de causer du dommage. En cas de contravention, si un homme libre a été tué, le propriétaire est condamné à payer deux cents solides ; si cet homme libre n'a été que blessé, le montant de la condamnation est arbitré par le juge ; pour tout autre dommage, la peine est du double du dégat (L. 40 et 41, ff. *ædilitio edict.*, 4, 58). Cette peine peut être poursuivie indépendam-

(1) Par exemple lorsqu'un cheval mutin lance une ruade, ou lorsqu'un bœuf donne des coups de corne. La loi des Douze Tables ne donnait pas l'action *de paupérie* lorsque l'animal avait été porté au dommage par une férocité naturelle à son espèce ; par exemple, lorsque le dommage avait été causé par un lion ou par un ours. Mais on a autorisé, pour ce cas, l'action *utile*, que l'on donne aussi quand un animal non quadrupède a causé le dommage (L. 4, ff. *h. t.*). Du reste, quand le dommage est fait par un animal féroce échappé à son maître, il y a une autre raison pour que celui-ci ne soit pas tenu de l'action noxale *de paupérie*, c'est qu'il a cessé d'être propriétaire de cet animal. (Voy. p. 187).

(2) Si l'animal avait été excité par quelqu'un, on donnerait contre celui qui l'aurait excité l'action de la loi *Aquilia* (L. 1, 4, ff. *h. t.*).

ment de l'action *de paupérie* ; car jamais, dit Justinien, surtout lorsqu'il s'agit d'actions pénales, les actions qui concourent à l'occasion d'une même chose ne s'absorbent l'une par l'autre (*alia aliam consumit*) (1).

TITRE X.—*De ceux par qui nous pouvons agir en justice.*

D. Par qui une action peut-elle être exercée ?

R. Elle peut être exercée soit par celui dont les droits sont blessés, soit par un autre en son nom, par exemple, par un tuteur, par un curateur ou par un procureur.

D. La faculté d'agir au nom d'autrui a-t-elle toujours existé ?

R. Non. Anciennement, c'est-à-dire au temps des *legis actiones* (voy. p. 520), il n'était permis à un citoyen d'agir en justice au nom d'autrui, que dans trois cas exceptionnels : *pro populo*, lorsqu'on intentait une action populaire, c'est-à-dire ouverte à tout citoyen (voy. p. 519) ; *pro libertate*, lorsqu'on se rendait *assertor libertatis*, en intentant un procès à celui qui prétendait retenir en servitude un individu qu'on soutenait être libre (2) ; *pro tutela*, dans les cas, apparemment, où le pupille ne pouvant pas agir par lui-même avec l'autorisation du tuteur, on autorisait celui-ci à intenter l'action *tutorio nomine*. La loi *Hostilia* (3) avait, en outre, permis d'exercer l'action de vol au nom de ceux qui étaient prisonniers chez l'ennemi, ou absents pour le service de la République, ainsi que pour les personnes dont on avait la tutelle ; enfin, il faut ajouter que celui qui était admis comme

(1) Cette proposition, bornée même aux actions pénales, pèche par trop de généralité. Nous avons vu, par exemple, que celui qui a l'action *vi bonorum raptorum*, a aussi l'action de vol ; mais il n'a que le choix entre ces actions, il ne peut pas les exercer toutes deux successivement. Ce qui motive ici le concours et l'exercice de l'action *de paupérie* et de l'action édilitienne, c'est qu'elles ne résultent pas toutes deux d'un seul et même fait ; la première résulte d'un dommage causé ; la seconde, de la contravention à l'édit.

(2) On n'aurait pas voulu qu'un esclave pût mal à propos contester avec son maître ; on avait donc autorisé un *assertor* à réclamer pour lui (voy. p. 113). L'intervention obligée de l'*assertor* ne fut supprimée que par Justinien (L. 1, C. C. *de assert. toll.* 7, 17).

(3) On ignore la date de cette loi *Hostilia*, qui n'est mentionnée que dans les Institutes.

vindex d'un citoyen appelé *in jus* (voy. p. 406), plaidait aussi au nom de celui-ci.

Sous le système formulaire, la faculté de se faire représenter en justice se généralisa, et l'on admit successivement à plaider pour autrui les *cognitores*, les *procuratores*, les *defensores*, ainsi que les tuteurs et les curateurs.

Le *cognitor* était un représentant constitué solennellement par des paroles sacramentelles prononcées devant le magistrat (*in jure*) et en présence de la partie adverse. Le représentant ainsi constitué s'identifiait avec le demandeur ou le défendeur (1), de manière que la sentence intervenue pour ou contre le *cognitor* avait le même effet que si elle avait été rendue pour ou contre celui qui l'avait institué. Il résultait de là que le demandeur qui avait été représenté par un *cognitor* ne pouvait plus exercer la même action ou était repoussé par l'exception *rei judicatæ* (voy. le tit. *des exceptions*). Du reste, le *cognitor* devait rendre compte à la personne qui l'avait constitué ; il était vis-à-vis de celle-ci dans les rapports d'un mandataire à un mandant.

L'institution du *cognitor* ne pouvait se faire que dans des conditions gênantes ; puisqu'il fallait être présent et pouvoir se présenter devant le magistrat. C'est ce qui fit introduire plus tard l'usage des *procuratores ad litem*. Le *procurator* n'avait pas besoin d'être nommé *in jure*, ni en termes solennels ; il pouvait être institué même par un absent ; c'était, en un mot, un simple mandataire chargé de soutenir un procès pour le mandant. Or, d'après les principes rigoureux du droit civil, le mandataire ne s'identifiait pas avec le mandant, et quand il agissait pour exécution du mandat, il s'obligeait lui-même, sauf son recours contre le mandant (voy. p. 563). En appliquant ces principes au *procurator ad litem*, il en résultait que c'était le *procurator* qui était lui-même condamné ou absous, et que la sentence n'avait point d'effet direct contre la partie qu'il avait représentée (2), en

(1) Le *cognitor* était substitué à la partie, non pas dans l'*intentio*, mais dans la *condemnatio* de la formule. Si, par exemple, Titius agissait comme *cognitor* de Mœvius, l'*intentio* portait bien le nom de celui-ci SI PARET NEGIDIUM MOEVIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE ; mais c'était le *cognitor* qui figurait dans la *condemnatio* : JUDEX NEGIDIUM TITIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA, etc. *Gaius* 4, 86.

(2) La formule, quand c'était un *procurator* qui plaidait, était la même que quand c'était un *cognitor*, c'est-à-dire que l'*intentio* était conçue au nom du *dominus*, de la partie représentée, et la *condemnatio* au nom du *procurator*. (Voyez la note précédente).

sorte que cette partie aurait pu, à la rigueur, renouveler le procès sans qu'on pût lui refuser l'action ou lui opposer l'exception *rei judicatæ* (1). Aussi, le *procurator* devait-il, s'il représentait le demandeur, fournir la caution *rem ratam dominum habiturum* ; s'il représentait le défendeur, la caution *judicatum solvi* (2). Mais cette rigueur formaliste s'adoucit par degrés. D'abord on admit les tuteurs et les curateurs à poursuivre en justice les droits afférents à leur pupille, et dans ce cas, le *judicatum* profita ou nuisit directement au mineur. Plus tard, on assimila au *cognitor* le *procurator* présenté au magistrat (sans paroles solennelles) par la partie qui l'instituait (*procurator præsentis*), ou celui qui était nommé par acte public (*apud acta*) (3).

Le *defensor* était celui qui se présentait pour plaider à la place d'une autre personne, sans en avoir reçu mandat : c'était un véritable *negotiorum gestor*. Ordinairement, le *defensor* ne pouvait représenter que le défendeur (4). La sentence rendue n'avait d'effet direct qu'à son égard ; il devait nécessairement donner la caution *judicatum solvi ;* et lorsque, par exception, il représentait le demandeur, la caution *rem ratam dominum habiturum*.

D. Dans le dernier état du droit, existe-t-il encore des *cognitores ?*

R. Non ; dans le dernier état du droit, où les anciennes solennités sont tombées en désuétude, il n'existe plus de *cognitor* (5). Le *procurator præsentis* n'est point tenu de donner caution, et le *procurator absentis* n'y est pas non plus obligé, lorsqu'il a reçu mandat par acte public ; le *defensor* seul est tenu de donner la caution *de rato* ou *judicatum solvi*. La sentence rendue pour ou contre le *procurator præsentis*, a le même effet que si elle était rendue pour ou contre la

(1) Voyez ci-après le titre *des exceptions*.

(2) Voyez le titre suivant. Voy. aussi p. 442.

(3) *Nam*, disent les FRAGMENTA VATICANA, § 317, *cum apud acta non nisi a præsente domino constituatur, cognitoris loco intelligendus est.*

(4) Il prenait la défense d'une personne attaquée, de là, sans doute, son nom de *defensor*.

(5) Aussi, dans les Pandectes, on a interpolé les passages des anciens jurisconsultes, en remplaçant partout le mot *cognitores* par celui de *procuratores*.

personne représentée par lui ; il en est de même quand le *procurator absentis* a été constitué *apud acta*, ou quand le maître a ratifié l'intervention soit du *procurator*, soit même du simple *defensor*.

TITRE XI. — *Des cautions.*

D. Les plaideurs ne se doivent-ils pas certaines garanties ?

R. Oui. Ces garanties diffèrent, dans le nouveau droit (*novitas*), de celles qui se pratiquaient autrefois (*antiquitati*), c'est-à-dire sous le système formulaire.

D. Quelles étaient les garanties que les plaideurs se fournissaient autrefois dans l'action réelle ?

R. Le défendeur qui restait en possession pendant la durée du litige, devait donner la caution *judicatum solvi*. Cette caution avait un triple objet : le fidéjusseur garantissait : 1o que le montant de la condamnation serait payé, au cas où le défendeur serait condamné et ne restituerait pas la chose (*de re judicata pro litis æstimatione*) ; 2o que le défendeur se présenterait devant le juge, et resterait dans l'instance jusqu'à la fin du procès *de re defendenda pro sua persona* (v. p. 531) ; 3o que le défendeur n'userait pas de dol (*de dolo malo,*) (1).—Si le défendeur n'avait pas fourni la caution *judicatum solvi*, le demandeur eût été mis en possession de la chose litigieuse, pourvu qu'il consentît lui-même à donner cette caution (*Paul* l. 11 § 1). — Si le défenseur agissait au nom d'autrui, il devait, à plus forte raison, la caution *judicatum solvi* ; car c'était un principe général qu'on ne pouvait se faire défendre par autrui, dans aucune instance, sans qu'aucune caution fût donnée (voy. la question suivante).

Le demandeur n'était tenu de donner aucune caution, du moins lorsqu'il agissait en son propre nom, ou comme *cognitor* (2) ; mais il s'agissait comme *procurator*, il devait la

(1) En vertu de cette troisième clause du cautionnement, la caution eût été responsable si, par exemple, le defendeur condamné eût restitué la chose, mais avec des vices provenant de son fait.

(2) On sait que le *cognitor* s'identifiait avec la personne qu'il représentait en justice ; en sorte que l'action exercée par lui était censée l'avoir été par le *dominus litis*. Il eût donc été inutile de l'assujettir à la caution *de rato*.

caution *de rato*, parce que la sentence rendue contre le *procurator*, n'ayant pas d'effet direct à l'égard du *dominus litis*, la caution *ratum rem dominum habiturum* était pour le défendeur une garantie indispensable, qui lui permettait au moins de se faire indemniser dans le cas où le *dominus litis*, au lieu de ratifier ce qu'avait fait son mandataire, eût exercé de nouveau l'action (voy. p. 574).

D. Quelles étaient les garanties que les plaideurs se fournissaient autrefois dans l'action personnelle ?

R. Dans l'action personnelle, on suivait, à l'égard du demandeur, ce qui a été dit pour l'action réelle, c'est-à-dire qu'il n'avait aucune caution à donner, lorsqu'il intentait l'action en son nom ou comme *cognitor*, mais qu'il devait la caution *de rato* lorsqu'il agissait comme *procurator*.— Quant au défenseur, il n'avait non plus aucune caution à fournir (1), lorsqu'il se présentait en son propre nom ; mais il devait la caution *judicatum solvi* lorsqu'il se présentait au nom d'autrui. C'était une règle générale que *nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur* (§ 1). Cette règle était si rigoureuse, qu'elle s'appliquait même quand le représentant du défendeur était un *cognitor* ; seulement, dans ce cas, la caution était fournie, non pas par le *cognitor*, mais par celui qui se faisait représenter par lui (*Gaius*, 4, 101).

D. N'en était-il pas des tuteurs et des curateurs comme des procurateurs ?

R. Oui ; ils étaient soumis aux mêmes garanties ; cependant on les dispensait quelquefois de donner caution, lorsqu'ils était demandeurs *(his agentibus*, pr.). Quand ils étaient défendeurs, on leur appliquait sans doute la règle *nemo defensor*, etc.

D. Quelles sont les garanties dans le nouveau droit ?

R. Dans le nouveau droit, le demandeur continue, quelle que soit la nature de l'action, à être dispensé de donner caution, lorsqu'il agit en son propre nom ; quand il agit comme *procurator*, il doit la caution *de rato*, à moins qu'il n'ait été consulté en présence du juge, ou par acte public (*mandatum actis insinuatum*, § 3). Voy. p. 575.

(1) Du moins, en général : il y avait quelques cas exceptionnels. (Voy. *Gaius*, 4, 102.)

Le défendeur qui se présente en son propre nom n'est plus tenu, même en matière réelle, de donner toutes les garanties comprises dans la caution *judicatum solvi* ; il ne doit plus caution pour la valeur du litige (*pro litis œstimatione*, § 2), mais il est obligé, dans tous les cas, de garantir qu'il se présentera en personne, et restera en cause jusqu'à la fin du procès (*pro sua persona, quod in judicio permaneat usque ad terminum litis*, § 2) (1). Cette garantie, au reste, ne consistait pas toujours en une caution proprement dite, c'est-à-dire en un fidéjusseur ; on se contentait quelquefois, suivant le rang et la fortune de la personne, soit d'une caution *juratoire* (voy, p. 172), c'est-à-dire d'un serment, soit d'une simple promesse.

Lorsque le défendeur est représenté par un *procurator* ou par un simple *defensor*, il faut toujours qu'il soit donné au demandeur la caution *judicatum solvi ;* car l'ancienne règle *nemo alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur* (§ 5), continue à être en viguenr. Mais si la personne citée en justice est présente, et veut constituer un *procurator*, elle se porte elle-même, soit en présence du juge, soit extrajudiciairement, le fidéjusseur de son mandataire *ad litem*, en prenant tous les engagements compris dans la stipulation *judicatum solvi* (*pro omnibus judicatum solvi satisdationis clausulis*, § 4) ; elle donne, de plus, hypothèque sur ses biens. Elle donne enfin la garantie de se présenter en personne lors de la prononciation de la sentence (*quod tempore sententiæ recitandæ in judicio invenietur*, § 4). La sentence rendue contre le mandataire ainsi cautionné (*procurator præsentis*), a le même effet que si elle était rendue contre le mandant lui-même.—Si la personne actionnée est absente, c'est à celui qui se porte son défenseur à fournir la caution *judicatum solvi*. La sentence n'a alors d'effet direct que contre le représentant officieux, sauf, s'il y a lieu, le recours de celui-ci contre la personne qu'il a représentée soit par l'action *mandati*, soit par l'action *negotiorum gestorum*.

(1) Cette garantie était ce qu'on appelait *cautio in judicio sisti*. Elle avait pour objet d'indemniser le demandeur du préjudice qui résultait pour lui de la nécessité de recourir, en cas de non-comparution du défendeur, aux formalités particulières de la procédure par coutumace.

TITRE XII.—*Des actions perpétuelles ou temporaires, et de celles qui passent aux héritiers et contre les héritiers.*

HUITIÈME DIVISION.—*D.* Comment se divisent les actions sous le rapport de leur durée ?

R. Elles se divisent en *perpétuelles* et *temporaires*. Les actions instituées par une loi, par un sénatus-consulte ou par les constitutions, compétaient à perpétuité (1) ; mais des constitutions impériales donnèrent une durée déterminée aux actions, soit réelles, soit personnelles (2). Celles qui dérivent du droit prétorien ne subsistent ordinairement que pendant un an. Quelquefois, cependant, les actions prétoriennes sont, quant à la durée, assimilées aux actions légimes ; telles sont les actions accordées aux *possesseurs de biens* et aux autres personnes qui occupent la place de l'héritier ; telle est encore l'action de vol manifeste (3).

D. Les actions qui compètent pour ou contre une per-

(1) Observez, toutefois, quant à la revendication, que cette action étant la conséquence de la propriété, s'éteignait avec elle par l'usucapion.

(2) En 424, Théodose II ordonna qu'en général les actions tant réelles que personnelles ne pourraient être exercées après trente ans (L. 3, C. *de præscrip. trig.*, 7, 39). Ses successeurs, notamment Athanase et Justin, confirmèrent ce droit, en portant cependant la durée de quelques actions jusqu'à quarante ans. De manière que dans le nouveau droit, on appelle *perpétuelles* les actions qui durent trente ou quarante ans, et *temporaires*, celles qui durent moins. — Remarquez que cette prescription de trente et quarante ans, appliquée par l'action réelle, limite la revendication du propriétaire, mais ne transfère pas ordinairement la propriété ; car elle n'est pas, comme l'usucapion ou la prescription de dix ou vingt ans établie par Justinien, un moyen d'acquérir (voy. p. 239). D'où il suit que si le propriétaire ne peut plus poursuivre celui qui a possédé pendant trente ou quarante ans sans avoir usucapé, il pourrait encore revendiquer sa chose contre un tiers qui s'en serait mis en possession, et qui ne pourrait pas lui-même se prévaloir d'une possession *longissimi temporis*.

(3) La plupart des actions prétoriennes pénales ne durent qu'un an (le temps d'une préture) ; l'action du vol manifeste est perpétuelle, parce qu'elle a son origine dans la loi des Douze Tables, le préteur n'avait fait que remplacer une peine capitale par une peine pécuniaire (Voy. *Gaius*, § 111). La plupart des actions prétoriennes *rei persecutoriæ*, surtout celles qui ne contrarient pas le droit civil (voy. p. 544, note 4), sont perpétuelles.

sonne, soit d'après le droit civil, soit d'après le droit prétorien, sont-elles toutes également accordées pour ou contre l'héritier ?

R. Non. En général, les actions qui résultent des contrats se donnent pour et contre les héritiers des parties (1). Quant aux actions pénales, provenant d'un délit ou comme d'un délit, c'est une règle constante en droit qu'elles ne compètent point contre l'héritier du déliquant (voy. p. 507, 520), mais qu'elles se donnent à l'héritier de la partie intéressée, auquel on ne refuse que l'action d'injures et autres semblables, parce que la mort éteint tout ressentiment (voy. p. 303, 516). Toutefois, les actions pénales passent à l'héritier et contre l'héritier, lorsqu'elles ont été intentées et que le défendeur n'est plus dès lors obligé en vertu du délit, mais en vertu de la *litis contestatio* (voy p. 530) ; l'héritier du délinquant serait encore tenu de l'action pénale, s'il avait profité du méfait du défunt ; il en serait tenu jusqu'à concurrence de ce profit (L. 56, ff. *de dolo malo* 4, 3).

D. Si, avant qu'il y ait chose jugée, le défendeur satisfait le demandeur, le juge doit-il absoudre ?

R. Oui. Tel était autrefois l'avis des Sabiniens, qui disaient, en ce sens, que toutes les actions étaient absolutoires (*Gaius* IV, § 114), et dont l'opinion est confirmée par Justinien (§ 2). Les Proculéiens, se fondant sur ce que la question d'où dépendait la condamnation était celle de savoir si telle obligation ou tel fait existait au moment où l'action avait été donnée, soutenaient que le juge ne pouvait se dispenser de condamner, lorsque le défendeur s'était trouvé à ce moment dans le cas d'être condamné.

(1) Quelquefois, cependant, dit Justinien (§ 1), l'action, quoique née d'un contrat, ne compète pas contre l'héritier, par exemple lorsque le défunt a commis un dol sans qu'il en soit rien revenu à son héritier. Cette proposition est trop générale ; nous ne connaissons qu'un cas où le dol d'un des contractants ne donne pas contre ses héritiers l'action qui compète contre lui ; c'est le cas où il y a lieu à l'action *in duplum* pour dépôt nécessaire (voy. p. 554). Mais c'est une règle certaine que, dans les contrats, l'action, quoique motivée sur le dol de l'une des parties, se donne contre ses héritiers. Justinien a extrait sa proposition de *Gaius* (4, § 111) ; mais du temps de *Gaius*, il y avait plusieurs actions que, nées des contrats, ne se donnaient pas contre les héritiers, et qui ne sont plus usitées dans le nouveau droit. Telles étaient les actions qui compétaient contre les *sponsores* et les *fide-promissores* (voy- p. 451).

Titre XIII.—*Des exceptions.*

D. Qu'est-ce qu'une exception ?

R. C'est une restriction apposée par le préteur, comme moyen d'équité, à l'ordre de condamner donné au juge par l'action.

D. Expliquez l'origine et l'utilité des exceptions.

R. Il arrivait souvent que la demande était conforme à la rigueur du droit civil (*justa*), et que cependant elle était contraire à l'équité (*iniqua*). Par exemple, d'après le droit civil, on n'examinait pas pourquoi la stipulation avait eu lieu ; il suffisait qu'elle existât pour qu'il y eût obligation de la part du répondant, lors même que sa promesse aurait été arrachée par violence, ou surprise par dol (1). Cependant, ordonner l'exécution d'une semblable promesse, c'était blesser l'équité. Pour éviter ce triste résultat, les préteurs imaginèrent de ne point donner au juge un ordre pur et simple qui, l'obligeant de prononcer d'après les principes rigoureux du droit, aurait infailliblement amené la condamnation inique du défendeur, mais un ordre conditionnel ; de lui dire, par exemple : *vous condamnerez, à moins qu'il n'y ait eu dol ou violence ;* ou bien : *vous condamnerez s'il n'y pas eu dol*, etc. (SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO FACTUM SIT, NEQUE FIAT ; *Gaius*, IV, § 119). Cette restriction à l'ordre de condamner, cette condition équitable ajoutée à une action trop rigoureuse, est ce qu'on appelle une *exception* (v. *Thémis*, t. VI, p. 10 et suiv.).

D. Ne doit-on pas conclure de là que l'exception est inutile, lorsque les moyens de défense sont admissibles d'après le droit civil ?

R. Oui (2) ; et cette conséquence est justifiée par un

(1) En effet, la crainte, l'erreur du promettant, ne sont point au nombre des causes qui rendent la stipulation inutile ; il n'en est pas de même de sa folie ou de sa pupillarité (voy. tit. *des stip. inutiles*).

(2) L'exception n'était nécessaire que lorsqu'on ne pouvait pas se défendre *ipso jure* (ce qui signifie *par le droit civil*, et non de *plein droit*, comme on l'a traduit trop souvent) (voy. § 5). Ainsi l'exception *pacti conventi*, résultant du pacte de remise, était inutile lorsqu'il s'agissait d'une obligation consensuelle, parceque le simple consentement résolvait des obligations *ipso jure* (voy. p. 492). Aussi.

grand nombre de textes (Comp., L., §§ 4 et 7 ; l. 17, ? 1, ff. *de pact.*, 2, 14, voy. *Gaius*, §§ 106 et 107). Nous en concluons aussi que les exceptions, ou du moins l'exception de dol, est superflue dans les actions de bonne foi, parce que la nature même de ces actions autorise le juge à avoir égard aux diverses circonstances dont il ne pourrait s'occuper dans l'action de droit strict qu'en vertu d'une exception (voy. L., 7, ff. *de dolo malo* 4, 3 ; l. 3, *ult.* ; ff, *pro soc.*, 17, 2 ; l. 58, ff. *de hæred. petit.* 5, 3) (1).

D. Les exceptions sont d'origine prétorienne ; cependant Justinien nous dit (§ 7) qu'il y a des exceptions fondées sur des lois ?

R. C'est qu'en effet cette institution du droit prétorien a été souvent adoptée par le droit civil, qui, insensiblement, venait *in unam consonantiam* (§ 3, *de test. ord.*). Des lois ou d'autres actes législatifs (*legibus vel iis quæ legis vicem obtinent*) ont confirmé les exceptions introduites par les préteurs, ou en ont établi de nouvelles, à leur instar, et toujours par opposition à la rigueur du droit primitif, du droit des Douze Tables (2). C'est ainsi qu'un rescrit de Marc-Aurèle a permis d'accorder l'exception de dol, dans une action de droit strict, à celui qui voudrait opposer la compensation (voy. p. 556) ; c'est ainsi encore qu'après avoir restitué l'hérédité fidéicommissaire, l'héritier qui est poursuivi par des créanciers héréditaires, obtient l'exception *restitutæ hæreditatis*, en vertu du Sc. Trébellien, parce que le droit primitif (*ipsum jus*) l'aurait fait condamner.

D. Les exceptions sont-elles comme les actions (voy. page 534), conçues tantôt *in jus*, tantôt *in factum* ?

R. Oui, l'exception est *in jus* quand elle donne à vérifier

quand le § 5 de ce titre parle de l'exception *pacti conventi*, faut-il supposer qu'il s'agit, comme dans les paragraphes précédents, d'une stipulation qui ne s'éteint pas *ipso jure* par le mutuel dissentiment.

(1) Voilà pourquoi Ulpien dit que, dans les actions de bonne foi, les exceptions sont sous-entendues (EXCEPTIONES INSUNT ; L. 7, § 6, ff. *de pact.* 2, 14). Sur quoi Cujas (3 *obs.* 17) s'appuie pour soutenir que l'exception de dol ajoutée à une action de droit strict suffit pour la transformer en action de bonne foi.

(2) La loi des Douze Tables, malgré les nombreuses modifications qu'elle a successivement reçues, malgré les fictions dont les préteurs et les jurisconsultes ont surchargé la législation, est demeurée la base du droit romain (voy. p. 23 et 64).

un point de droit ; elle est *in factum* quand elle donne à constater un fait. L'exception *doli mali* ou *quod metus causa* est conçue *in jus*, parce qu'elle oblige le juge non seulement à rechercher des faits, mais encore à les apprécier ; car des faits quelconques ne caractérisent pas le dol ou la violence. Mais le préteur, au lieu d'ordonner au juge de condamner, *à moins qu'il n'y ait eu dol* ou *crainte*, peut lui prescrire de condamner *à moins que tel fait n'ait eu lieu*, par exemple, *à moins que le demandeur n'ait menacé le défendeur avec un poignard ;* et, dans ce cas, l'exception est *in factum* (§ 1, *in fine*) (1).

D. Quelles sont les causes qui donnent naissance à une exception ?

R. Ces causes sont trop nombreuses pour être énumérées (§ 6) Nous avons déjà parlé des exceptions *doli mali*, *quod metus causa*, *pacti conventi* : nous nous bornerons à citer en outre, avec les Institutes, les exceptions *non numeratæ pecuniæ* (de valeur non réalisée), *juris jurandi* (du serment prêté), et *rei judicatæ* (de la chose jugée).

D. Expliquez l'usage de l'exception *non numeratæ pecuniæ ?*

R. Lorsqu'une personne, devant prêter une somme d'argent ou autre chose fongible, a stipulé de l'emprunteur cette somme ou cette chose, sans la délivrer, celui-ci est obligé en vertu de cette stipulation, malgré le défaut de numération (2) ; mais, comme il serait inique qu'il fût condamné à ce titre, le préteur lui accorde l'exception *non numeratæ pecuniæ*, pour éviter la condamnation. — La durée de cette exception a été réduite par Justinien à deux ans (voy. p. 460).

D. Quand se donne l'exception *jurisjurandi ?*

D. Lorsqu'un débiteur, sur le serment à lui déféré par le créancier, a juré qu'il ne devait rien, il reste toujours obligé, car le serment n'est pas mis au nombre des causes qui

(1) L'exception de dol est déshonorante pour celui contre lequel elle est justifiée. De là vient qu'on donnerait contre le patron plutôt une exception *in factum* que *doli mali* ; car l'affranchi doit ménager la réputation de son patron.

(2) Il en serait de même s'il y avait eu une obligation littérale formée par la souscription du *chirographum* avant la numération des espèces (voy. p. 458).

éteignent les obligations d'après le droit civil. Mais le défendeur obtient l'exception *jurisjurandi* pour se soustraire à la condamnation (voy. p. 549) (1).

D. La chose jugée ne produit-elle jamais qu'une exception ? n'empêche-t-elle jamais d'intenter une nouvelle action ?

R. Gaius nous apprend (Com. 4, § 103 *et seq.* : voyez aussi L. 20, § 1, ff. *de dolo malo* 4, 3) que les jugements, tantôt détruisaient l'action, tantôt la laissaient subsister, sauf l'exception accordée à celui qui avait gagné sa cause. A cet égard on faisait plusieurs distinctions, notamment entre le *judicium* LEGITIMUM (fondé sur le droit civil) et le *judicium* IMPERIO CONTINENS (fondé sur l'autorité du préteur) ; le premier, rendu à Rome, ou dans l'espace d'un mille autour de la ville, entre citoyens romains, et par un seul juge qui devait prononcer d'après le droit civil, éteignait l'action (2) ; le second, rendu hors de Rome, ou par des récupérateurs, *recuperatores* (voy. p. 529), ou dans un procès soutenu par un *peregrinus*, semble n'avoir eu de force que d'après le droit des gens, et par l'exception que le préteur en faisait résulter. Ces distinctions ont dû disparaître lorsqu'il n'y eut plus de différence entre Rome et les provinces, et que, dans l'empire, on ne connut plus que des citoyens romains (voy. d'ailleurs la dernière question de ce titre). Voilà pourquoi Justinien dit d'une manière générale que la chose jugée produit une exception (3).

D. Comment se divisent les exceptions ?

R. Les unes sont *perpétuelles* et *péremptoires*, les autres sont *temporaires* et *dilatoires* (§ 8).

(1) Les exceptions se donnent non seulement dans les actions personnelles, mais aussi dans les actions réelles. Lors donc que, sur le serment déféré par le demandeur, le possesseur a juré que la chose lui appartient, il obtient contre la revendication l'exception *juris jurandi* (§ 4).

(2) Parce que la *litis contestatio* et la sentence avaient, dans ce cas, opéré novation, et, par conséquent, l'extinction de l'obligation. Voyez page 492.

(3) Cette exception a pour but d'empêcher que les procès ne se renouvellent. C'est par un motif d'ordre public qu'elle a été instituée, et non par un motif d'équité, comme pour les autres exceptions. Aussi se donnerait-elle, même dans une action de bonne foi (l. 2, C. *de judic.* 3, 1).

D. Quelles sont les exceptions perpétuelles et péremptoires ?

R. Ce sont celles qui sont toujours données au défendeur, quelle que soit l'époque à laquelle le demandeur agit (c'est-à-dire demande son action). Telle est l'exception de dol, celle *pacti conventi*, lorsqu'on est convenu que le créancier ne demandera jamais (*omnino* § 9).

D. Quelles sont les exceptions temporaires ?

R. Ce sont celles qui ne se donnent que pendant un temps déterminé, passé lequel elles ne seraient plus insérées dans la formule. Par exemple, si, au lieu de convenir qu'il ne demanderait jamais, le créancier avait promis de ne pas demander *pendant cinq ans* (1), l'exception *pacti conventi* serait temporaire ; car, à l'expiration de ce délai, elle ne se donnerait plus au défendeur. Aussi les exceptions temporaires ont été appelées *dilatoires*, parce qu'elles ne paralysent pas pour toujours les droits du demandeur comme les exceptions perpétuelles, mais qu'elles l'obligent seulement, s'il ne veut pas encourir la peine de la *plus-pétition*, à différer l'exercice de ses droits.

Du reste, dans l'ancien droit, l'exception temporaire était, pendant le délai, tout aussi *péremptoire* que l'action perpétuelle. En effet, si le défendeur avait porté une action devant le juge avant l'expiration du délai, le défendeur aurait été absous, et la sentence, toujours définitive, aurait produit une exception perpétuelle contre toute action postérieure : de sorte que le demandeur aurait consommé son droit (*rem amittebant*, § 10). — Mais, depuis Zénon, la *plus-pétition*, en raison du temps, n'entraîne plus la déchéance des droits ; seulement le délai est double en faveur du défendeur, et le créancier n'est plus recevable à intenter un nouveau procès qu'après avoir payé les frais du premier (voy. p. 562).

D. Les exceptions ne sont-elles dilatoires qu'à raison du temps ?

R. Elles sont aussi dilatoires à raison de la personne : telles sont les exceptions *procuratoires*, résultant, par exemple,

(1) Remarquez qu'il s'agit ici du terme accordé par un pacte postérieur à l'obligation, et non de celui qui aurait était accordé par l'obligation, lors de la formation du contrat ; car, dans ce dernier cas, celui qui aurait agi avant le terme aurait été repoussé *ipso jure* d'après les règles de la *plus-pétition* (voy. p. 561).

de ce que l'action est intentée par un militaire ou par une femme, en qualité de procureur ; car les militaires ne peuvent pas même agir comme procureurs pour leur père, mère ou épouse, ni en vertu d'un rescrit du prince : la discipline militaire leur permet seulement de suivre leurs propres affaires (1).

D. N'y a-t-il pas une autre division des exceptions ?

R. Oui. Il y a des exceptions conçues *in rem ;* il y en a qui le sont *in personam* (voy. p. 538) : celles-là peuvent être invoquées indistinctement par tous ceux qui sont attaqués pour la même affaire ; celles-ci ne sont utiles qu'à une personne déterminée. Ainsi, les exceptions accordées au débiteur compétent pour la plupart à ses fidéjusseurs, et avec raison ; car, demander à ces derniers, c'est en quelque sorte demander au débiteur lui-même, puisqu'il sera contraint par l'action de mandat de leur restituer tout ce qu'ils auront payé pour lui. C'est pourquoi, lorsqu'on est convenu avec un débiteur de ne point lui demander ce qu'il doit, l'exception résultant de ce pacte sert à ceux qui se sont obligés pour lui, de même que si l'on était convenu avec eux de ne point les poursuivre. Cependant il y a certaines exceptions qu'on ne leur accorde pas ; par exemple, si le débiteur a fait cession de biens, et qu'un créancier le poursuive, il se défend par l'exception SI BONIS CESSERIT (*à moins qu'il n'ait fait cession de biens*) ; mais cette exception ne se donne point aux fidéjusseurs, parce que le bénéfice de la cession de biens est personnel à celui qui l'a faite, et qu'autrement le but que s'est proposé le créancier en exigeant l'accession d'un fidéjusseur serait manqué ; car ce but est de pouvoir se faire payer par le fidéjusseur, si le débiteur devient insolvable.

D. Quand doit être demandée l'exception ?

R. Elle doit être demandée avant que la formule soit délivrée, avant que le procès soit constaté (*litis contestatio*) ; car alors les questions que le juge doit examiner étant déterminées, tous les moyens de défense dont la connaissance ne serait pas donnée au juge par l'action seraient vainement proposés.

(1) L'infamie encourue, soit par le constituant, soit par le procureur, donnait autrefois naissance à des exceptions qui sont tombées en désuétude, et que Justinien abolit expressément, de peur que les incidents relatifs à ces exceptions ne fassent que retarder la discussion du fond.

D. Peut-on, contre la même action, demander plusieurs exceptions ?

R. Oui (L. 8, § 5, ff. *de exempl. prescript.* 44, 1).

D. Dans le dernier état du droit, le mot *exception* n'a-t-il pas perdu sa signification propre et primitive ?

R. Oui. Le système des exceptions était une dépendance de celui des formules ; depuis donc que les formules ont été abolies, l'exception, devenue synonyme de défense, semble embrasser tous les moyens par lesquels on repousse la demande (1).

TITRE XIV.—*Des répliques.*

D. Qu'est-ce qu'une réplique ?

R. C'est une allégation ajoutée dans la formule pour repousser et détruire l'effet d'une exception. La réplique est à l'exception ce que celle-ci est à l'action.

D. Expliquez l'usage de la réplique.

R. Il peut arriver que l'exception, juste en apparence, soit réellement injuste à l'égard du demandeur, par exemple, lorsqu'on est convenu avec son débiteur de ne point lui demander la somme, et qu'ensuite on est convenu du contraire, c'est-à-dire que le créancier pourrait demander ; si on accordait simplement au débiteur l'exception *pacti conventi*, il serait absous, puisque le juge ne pourrait condamner qu'autant qu'il n'y aurait pas eu pacte de remise, et que la convention postérieure n'empêche pas que ce pacte n'ait eu lieu ; mais on donne au demandeur une réplique *ex pacto posteriore*, conçue en ces termes : *Si, postérieurement, il n'y a pas eu convention, que je pourrais répéter* (*Gaius*, 4, § 126) ; et cette réplique détruira l'effet de l'exception.

D. Quid si, postérieurement au second pacte, il y avait une nouvelle convention de remise ?

R. On donnerait au défendeur une *duplique*, pour exclure la réplique. On donnerait de même une *triplique* pour dé-

(1) Ou du moins tous ceux par lesquels on repousse une demande, non pas en niant les faits sur lesquels la demande est basée, mais en alléguant des circonstances particulières de natu e à modifier le droit du demandeur (voy. p. 536, note 1).

truire l'effet de la duplique, une *quadruplique* pour repousser la triplique, ainsi de suite suivant le besoin de la cause.

D. Le demandeur a-t-il besoin d'une réplique pour repousser l'exception *doli mali* ?

R. Non. Car la nature même de cette exception autorise le juge à connaître de tous les faits, tant anciens que nouveaux, d'où peut résulter le dol ou la bonne foi des parties. Si donc, dans l'exemple cité plus haut, au lieu de l'exception *pacti conventi*, qui est une exception *in factum*, c'est-à-dire qui ne laisse à vérifier qu'un fait matériel, on avait donné l'exception *doli mali*, comme l'existence du pacte de remise n'empêche pas qu'il n'y ait aucun dol à reprocher au demandeur, puisque l'effet de ce pacte a été détruit par le pacte contraire, le défendeur devrait être condamné, sans que le demandeur ait besoin d'une réplique.

Titre XV. — *Des interdits.*

D. Qu'est-ce que les interdits ?

R. Dans certaines circonstances où il s'agissait d'empêcher des rixes ou de réprimer des actes de violence, et particulièrement dans les contestations relatives à la possession des choses corporelles, ou à la quasi-possession des choses incorporelles, le préteur, au lieu de donner une action, c'est-à-dire de renvoyer devant un juge qui devait examiner et juger l'affaire, donnait un ordre impératif ou prohibitif, auquel les parties devaient se conformer. C'est cet ordre, formulé dans des termes consacrés *(formæ atque conceptiones verborum)*, qu'on appelait un interdit *(interdictum)*.

D. Qu'arrivait-il lorsque la partie contre laquelle l'interdit avait été donné contrevenait à l'ordre du préteur ou refusait de l'exécuter ?

R. La partie adverse obtenait une action qui autorisait le juge à vérifier si ou non il y avait eu contravention à l'interdit, et dans le cas de l'affirmative, à condamner le contrevenant (*Gaius*, 4, §§ 141, 166).

D. Il semble dès lors que les interdits n'étaient qu'un moyen de faire condamner ceux qui violeraient une règle posée par le préteur, apparemment parce qu'elle n'était pas dans le droit commun, dans le droit civil ?

R. Telles paraissent avoir été effectivement l'utilité et l'origine des interdits. Les interdits différaient des édits en ce que ceux-ci étaient généraux, tandis que les interdits ne s'appliquaient qu'à une contestation particulière, et aux personnes qu'elle divisait. Les interdits étaient des édits spéciaux et personnels, que l'on renouvelait chaque fois qu'une affaire semblable se présentait. Aussi les Institutes disent-elles que les interdits ont été appelés ainsi *quia inter duos dicuntur ;* INTERDICTUM signifie donc *dictum inter duos*, par opposition à l'EDICTUM, par lequel le préteur établit des règles générales, obligatoires pour tous (1).

D. Quelle est la division générale des interdits ?

R. Les interdits se divisent en prohibitoires, restitutoires et exhibitoires (2). Sont *prohibitoires* ceux par lesquels le

(1) Telle est, du moins, l'étymologie qui a prévalu dans l'opinion de Justinien. Quelques jurisconsultes pensaient qu'*interdictum* venait d'*interdicere*, qui veut dire défendre, prohiber, et voulaient qu'on ne donnât dès lors le nom d'interdits qu'aux ordres prohibitifs, et qu'on appelât décrets (*decreta*) les ordres impératifs. Mais cet avis n'a pas été suivi. — Les interdits ont été vraisemblablement un acheminement aux édits. Les préteurs ont probablement commencé à poser des règles *inter duos*, dans des contestations particulières, et c'est l'habitude de décider de même dans des occasions semblables qui les a amenés à établir les règles générales de l'édit. Lorsque les édits furent en usage, les préteurs s'en servirent pour statuer sur la possession, comme sur d'autres matières, en établissant certaines règles et en promettant une action *in factum* contre ceux qui ne les observaient pas (l. 1, ff. 43, 4), *ne vis fiat ei qui in poss.* Toutefois, ils continuèrent à prononcer des interdits dans les contestations où cette marche avait été précédemment suivie ; seulement, pour donner aux règles qu'ils voulaient rétablir un caractère de fixité et de généralité, ils inscrivent dans l'album publié à leur entrée en charge, les formules des interdits qu'ils annonçaient devoir délivrer dans certains cas déterminés. Dans le Bas-Empire, on finit par considérer l'obtention réelle d'un interdit comme superflue, et l'usage s'établit d'agir sans l'accomplissement de cette formalité, comme si elle eût été tacitement accomplie. Voy. la dernière question de ce titre, p. 596.

(2) Cette division était importante pour la procédure à laquelle pouvait donner lieu la non-exécution de l'interdit (voy. *Gaius*, §§ 141 et suiv.). Lorsque l'interdit auquel on prétendait qu'il y avait eu contravention était *restitutoire* ou *exhibitoire*, le demandeur obtenait une action arbitraire, c'est-à-dire qui autorisait le juge à ordonner une restitution ou l'exhibition de la chose. Si le défendeur obéissait à cet ordre, il était absous ; sinon il pouvait être contraint à son exécution par la force publique.

préteur défend de faire quelque chose ; tel est l'interdit qui défend de faire violence à celui qui a une possession non vicieuse, ou à celui qui transporte un mort dans un lieu où il a droit de l'enterrer ; tel est encore l'interdit qui défend d'élever une construction dans un lieu sacré.—Sont *restitutoires* les interdits par lesquels le préteur ordonne de remettre ou restituer quelque chose : tel est celui par lequel il ordonnerait à celui qui possèderait *pro hærede* ou *pro possessore* des biens héréditaires (1) d'en remettre la possession à celui à qui revient la succession prétorienne *(bonorum possessio)* ; tel serait encore celui par lequel il ordonnerait la restitution d'un objet enlevé de force.—Sont *exhibitoires* les interdits par lesquels le préteur ordonne de représenter quelque chose ou quelqu'un, par exemple, la personne dont la liberté est mise en question, l'affranchi qui se cache pour ne pas fournir au patron les services qu'il lui doit, le fils qu'un père de famille réclame comme soumis à sa puissance et qu'un tiers retient chez lui.

D. Quels sont les interdits qu'on appelle *interdits possessoires* ?

R. Ce sont ceux qui sont relatifs, soit à la possession des choses corporelles, soit à la quasi-possession des choses incorporelles.

D. Comment se divisent les interdits possessoires ?

R. Ils se divisent en trois classes : les uns se donnent pour obtenir une possession qu'on n'a jamais eue *(adipiscendæ possessionis)*, les autres pour conserver une possession qui nous est disputée *(retinendæ)*, les autres enfin pour recouvrer une possession qu'on a perdue *(recuperandæ)* (2).

(1) Celui qui se croit ou du moins se prétend héritier à un titre quelconque, soit d'après le droit civil, soit d'après le droit honoraire, possède *pro hærede ;* celui là possède *pro possessore*, qui possède *ut prædo*, sans invoquer aucun droit de propriété, et sans autre titre que le fait même de sa possession.—Nous expliquerons bientôt l'utilité, au moins primitive, de l'intérêt accordé aux *possesseurs de biens.*

(2) Un passage de Paul (L. 2, § 3, D. *de interd.*. 43, 1), faisait mention d'une 4e classe d'interdits relatifs à la possession, qu'on appelait *doubles*, en ce sens qu'ils étaient donnés, tantôt pour faire acquérir une possession qu'on n'avait jamais eue, tantôt pour faire recouvrer une possession qu'on avait perdue (*Duplicia tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis)* ; mais on n'avait aucun exemple de cette espèce d'interdit. Un fragment des Institutes d'Ul-

D. Quels sont les interdits qui se donnent pour obtenir la possession ?

R. Le texte (§ 3) met au nombre de ces interdits celui qu'on appelle QUORUM BONORUM et celui qu'on nomme *Salvien.*

R. Qu'est-ce que l'interdit *quorum bonorum?*

R. Cet interdit, qui tire son nom des premiers mots de sa formule (1), se donne à l'héritier qui a droit à la *bonorum possessio*, c'est-à-dire qui est appelé à la succession par le droit prétorien, contre celui qui détient des choses héréditaires *pro hærede* ou *pro possessore* (2). Si le détenteur possédait à un autre titre, par exemple, *pro donato* ou *pro empto*, il n'y aurait pas lieu à l'interdit *quorum bonorum*, qui suppose un conflit, sur la qualité d'héritier, et qui a pour effet de donner la possession provisoire, et, par conséquent, le rôle de défendeur au pétitoire, à celui qui est appelé à la succes-

pien, récemment découvert dans la bibliothèque du palais impérial, à Vienne (voyez *Revue de législation*, année 1836, t. IV, p. 411), a fait connaître dans ces termes deux de ces interdits doubles : *Qualia sunt interdicta* QUEM FUNDUM *et* QUEM HÆREDITATEM ; *nam si fundum vel hæreditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amissi possessionem.*—Pour l'intelligence de ce fragment, il faut se rappeler que dans l'action réelle, le défendeur était obligé, pour conserver la possession et le rôle de défendeur, de donner caution pour la restitution de la chose et de ses accessoires, en cas de perte du procès (*prædes litis et vindicarium*, ou la caution *judicatum solvi.* Voyez page 523 et 575). S'il refusait cette *caution* (*si lis non defendatur*), le préteur transférait la possession, et avec elle le rôle de défendeur au demandeur par les interdits appelés *quem fundum*, s'il s'agissait d'un fonds revendiqué, *quam hæreditatem*, s'il s'agissait d'une pétition d'hérédité, et *quem usufructum* (voy. *frag. vatic.* 92), s'il était question d'un usufruit. Au moyen de ces interdits, le demandeur acquérait donc pour la première fois la possession, s'il ne l'avait jamais eue ; il la recouvrait, s'il avait possédé précédemment la chose litigieuse. Ces interdits étaient tombés en désuétude, avec les formes de procédure d'où ils dérivaient (voy. p. 576) ; c'est ce qui fait que Justinien n'en parle pas.

(1) Cet interdit était ainsi conçu : *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est : quod de his bonis pro hærede aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset : quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere : id illi restituas.* (L. 1, D. *quorum bon.*, 43, 2).

(2) Nous venons de faire connaître la signification particulière de ces expressions *possidere pro hærede*, ou *pro possessore.*

sion par le droit prétorien (1).—L'interdit *quorum bonorum* est mis au nombre des interdits *adipiscendæ possessionis*, parce qu'il ne servait qu'à réclamer des choses dont on n'avait jamais été en possession (2).

D. Cependant vous avez dit que cet interdit était *restitutoire ?*

R. C'est que le verbe *restituere* n'était pas pris dans un sens aussi restreint que notre verbe *restituer ;* il signifiait remettre la possession à un autre, soit que ce dernier l'acquît pour la première fois, soit qu'il ne fît que la recouvrer.

D. Qu'est-ce que l'interdit *Salvien ?*

R. Cet interdit, qui porte le nom du préteur qui l'a introduit, se donnait au propriétaire d'un fonds rural (3) pour se faire mettre en possession des objets affectés spécialement

(1) L'interdit *quorum bonorum* pouvait donc avoir pour effet, et c'était là sans doute son utilité primitive, de mettre en possession des biens de la succession une personne qui n'aurait pu exercer la *petitio hæreditatis*, parce que son droit héréditaire n'était pas reconnu par le droit civil. Mais à l'époque de la jurisprudence classique, les personnes appelées à la succession par le droit prétorien, pouvaient exercer une action appelée *possessoria hæreditatis petitio* qui était à la *possessio bonorum*, ce que la véritable *hæreditatis petitio* était à la succession civile (voy. L. 2, D. *de possess. hæred.*, 5, 5). On s'est demandé à quoi l'interdit *quorum bonorum* qui ne constituait qu'un avant-faire-droit, tandis que l'action *possessoria* portait sur le fond et terminait à tout jamais le litige, pouvait encore servir, après la création de cette action. On peut répondre que, outre l'avantage, sans doute, de la célérité, l'interdit autorisait le *bonorum possessor* à se faire mettre en possession de tout ce que le défunt possédait, même d'une manière illicite, tandis que, dans la *petitio hæreditatis possessoria*, il fallait prouver que le défunt avait une juste raison de posséder (arg. de L. 19, *pr. et* § 2, D. *de pet. hæred.*, 5, 3). Il est certain, dans tous les cas, que l'interdit *quorum bonorum* n'était donné que contre les détenteurs de choses corporelles, tandis que l'action *possessoria* s'appliquait même aux créances.

(2) Si donc quelqu'un, après avoir eu la possession d'une chose héréditaire venait à la perdre, l'interdit *quorum bonorum* lui serait inutile. Mais il pourrait recourir à un autre interdit, par exemple, à l'interdit *unde vi*, dont nous parlerons plus loin.

(3) Il ne paraît pas qu'il y ait eu un interdit *quasi-salvien*, comme il y a eu une action *quasi-servienne* (voy. p. 546). Rien n'autorise à croire que l'interdit salvien ait été appliqué à d'autres créanciers hypothécaires qu'au maître d'un fonds rural (voy. Demangeat, t. II, p. 680).

par le colon ou fermier au payement des fermages (1).

D. Quelle est la principale utilité des interdits *retinendæ possessionis ?*

R. Elle consiste à donner à celui qui est maintenu en possession le rôle de défendeur dans le procès qui s'élève sur la question de propriété, car l'action en revendication est naturellement intentée par celui qui ne possède pas contre celui qui possède. Or, il est fort important d'être défendeur, plutôt que demandeur, dans un procès sur la propriété, puisque le défendeur, n'ayant rien à prouver, triomphe par cela seul que le demandeur n'a pas établi clairement son droit de propriété.—Toutefois ce n'est pas seulement comme préliminaire de la contestation sur le droit de propriété que les interdits *retinendæ possessionis* étaient utiles ; ils pouvaient encore servir pour obtenir protection contre un trouble ou la menace d'un trouble, qui sans indiquer une prétention à la propriété de la part de celui qui l'avait causé, portait atteinte à la possession (2).

D. Quels sont les interdits accordés pour conserver la possession ?

R. Ce sont, pour les immeubles, l'interdit UTI POSSIDETIS, et pour les meubles, l'interdit UTRUBI (3).

D. A qui le préteur accorde-t-il l'interdit *uti possidetis ?*

R. Il l'accorde à celui des contendants qui, au moment de

(1) Il paraît bien, quoique la loi 1, C., 8, 9 semble dire le contraire, que l'interdit salvien se donnait non seulement contre le fermier lui-même, mais aussi contre les tiers détenteurs (Théoph. *hic.* et L. 1, C. 43, 33) L'interdit salvien concourait au même but que l'action servienne (voy. p. 544), mais par des voies différentes. Cet interdit qui n'était, comme les interdits en général, qu'un avant-faire-droit, donnait à celui qui l'obtenait l'avantage de jouer le rôle de défendeur dans l'action qu'un autre créancier hypothécaire pouvait intenter pour se faire reconnaître un droit de gage antérieur.

(2) Par exemple, si quelqu'un voulait m'empêcher de bâtir sur mon terrain. L. 3, § 2, D. *uti poss.*, 43, 17, (voy. Théoph. *ad. princ. h. t.*)

(3) Gaius, 4, § 160, nous a conservé la formule des interdits *uti possidetis* et *utrubi* qui, comme presque tous les autres, prenaient leurs noms des premiers mots de leurs formules. L'interdit *uti possidetis* était ainsi conçu : UTI NUNC POSSIDETIS, QUOMINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO. Voy. aussi L. 1, D. *uti possid.*, 43, 17.

l'interdit, a une possession non vicieuse à l'égard de son adversaire *(ab adversario)* (1). La possession est vicieuse, à l'égard de l'adversaire, lorsqu'elle lui a été enlevée par violence ou clandestinement, ou lorsqu'on l'a reçue de lui précairement (2) *(nec vi, nec clam, nec precario)* (3).

D. A qui est accordé l'interdit *utrubi?*

R. Dans l'ancien droit, il était accordé à celui qui avait eu, pendant la majeure partie de l'année, une possession paisible, publique, non précaire, à l'égard de son adversaire (4). Dans le nouveau droit, on l'accorde, comme l'interdit

(1) Il importe peu que la possession soit vicieuse à l'égard d'un autre que l'adversaire. Ainsi on ne me refuserait point un interdit contre Titius, parce que j'aurais enlevé la possession par violence à Mœvius. Ce principe est conforme à la règle qu'on ne peut exciper du droit d'un tiers.

(2) La possession précaire des Romains était bien différente de la possession *à titre précaire* des lois françaises. Le *precarium* est une convention par laquelle, sur la prière d'une personne, on lui accordait la possession d'une chose, sous condition de révoquer à son gré cette concession. Cette convention, qui accompagnait souvent certains contrats, comme la vente dans le cas où, le prix n'étant pas payé, la chose n'était remise à l'acheteur que comme un simple précaire jusqu'à ce que le payement eût été effectué, fut sanctionnée par le droit prétorien, au moyen de l'interdit *de precario*, donné au maître qui vient reprendre la possession de la chose. Il est à remarquer que celui qui détenait la chose en vertu du *precarium* était, vis-à-vis des tiers, un véritable possesseur et obtenait contre eux, en cas de trouble de leur part, l'interdit *uti possidetis*. En cela, il différait du commodataire qui, n'étant qu'un simple détenteur vis-à-vis des tiers, ne pouvait pas réclamer en son nom un interdit contre eux, et était obligé, en cas de trouble, d'appeler à son aide le propriétaire, au nom duquel il détenait. L. 4, § 1 ; L. 17, D. *de precario* 43,26.—Chez nous, on dit que tous ceux qui ne possèdent pas à titre de propriétaire, par exemple l'usufruitier, le fermier, possèdent *à titre précaire*.

(3) L'interdit *quorum bonorum*, et en général les interdits *adipiscendæ possessionis*, sont fondés sur le droit à la possession *(jus possessionis)* ; il faut, pour les obtenir, prouver qu'on a droit de posséder. L'interdit *uti possidetis*, et en général les interdits *retinendæ* ou *recuperandæ possessionis*, sont fondés sur le fait même de la possession ; il suffit, pour les obtenir, de prouver qu'on possédait, pourvu d'ailleurs que la possession eût les caractères voulus, et qu'ainsi, quand il s'agit d'une possession à conserver, elle n'eût été ni violente, ni clandestine, ni précaire, à l'égard de celui qui la conteste.

(4) L'interdit *utrubi* était ainsi conçu : UTRUBI HIC HOMO, DE QUO AGITUR, APUD QUEM MAJORE PARTE HUJUS ANNI FUIT, QUOMINUS IS

uti possidetis, à celui qui est en possession non vicieuse au moment du procès (§ 4).

D. Pour obtenir ces interdits est-il nécessaire de détenir soi-même ?

R. Non ; car on est considéré comme possesseur, non seulement lorsqu'on possède par soi-même, mais encore lorsqu'un autre détient en notre nom, comme un fermier ou un dépositaire (1). On conserve même la possession sans aucune détention, et par la seule intention, lorsque, en cessant de détenir, on conserve l'esprit de retour et la volonté de ne pas abandonner cette possession. Mais il est certain que l'intention ne peut jamais suffire pour acquérir la possession : il faut qu'il y ait eu prise de possession réelle par soi-même ou par un autre (voy. p. 253, § 5).

D. Quels sont les interdits institués pour faire recouvrer la possession *(recuperandæ possessionis)* ?

R. Le texte (§ 6) cite comme tel l'interdit UNDE VI, accordé à celui qui a été dépossédé par violence (2). Pour réclamer cet interdit, il faut : 1o que le demandeur

EUM DUCAT, VIM FIERI VETO. *Gaius*, 4, 160.—Comment pouvait-on considérer l'interdit *utrubi* comme un interdit *retinendæ possessionis*, lorsque celui à qui on l'accordait n'était pas en possession au moment du litige ? C'est probablement parce que celui qui avait possédé pendant la plus grande partie de l'année était, par une fiction légale, considéré comme possesseur, même après avoir perdu la possession par des actes de violence contre lesquels il réclamait (voy. *Thémis*, t. v. p. 359).

(1) Celui qui détient pour nous sans aucune idée de propriété pour lui-même, comme le fermier, le dépositaire, n'est pas vraiment possesseur, car pour être possesseur il faut posséder *animo domini*. Aussi n'a-t-il pas droit aux interdits. S'il est troublé dans sa détention par un tiers qui réclame la possession, ce n'est pas à lui, mais au propriétaire au nom duquel il détient, que l'interdit sera donné.— Le créancier gagiste est considéré comme un possesseur, car il possède pour lui-même, ayant droit de garder la chose jusqu'à ce qu'il soit payé. Aussi est-ce à lui que sont donnés les interdits ayant pour objet de protéger le droit de possession. (L. 4, D. *de possess.* 5, 5). Ce n'est qu'à un seul point de vue que le débiteur qui a mis la chose en gage, en est réputé possesseur ; c'est quand il s'agit d'acquérir la propriété de cette chose par usacapion. (L. 16, D. *de usucap.* 41, 3).

(2) Voici la formule de cet interdit : *Unde tu illum vi dejecisti aut familia tua dejecit; de eo, quæque ille tunc tibi habuit, tantummodo intra annum post annum de eo quod ad eum qui vi dejecit*

ait été en possession au moment de la violence *(ex possessione)* ; 2o qu'il ait perdu cette possession par un acte de violence (1) *(dejectus)* exercé par l'adversaire lui-même ou par ses ordres ; 3o qu'il s'agisse de la possession d'un immeuble *(fundi vel ædium)* ; cependant, depuis la constitution de Valentien Ier, qui a ordonné que celui qui aurait usé de violence pour s'emparer d'un objet, soit mobilier, soit immobilier, devrait le restituer et en perdre la propriété, s'il l'avait eue, ou en payer la valeur, l'interdit dont nous parlons a été étendu aux meubles (§ 6).

D. Celui qui a employé la violence pour déposséder quelqu'un n'est-il pas, en outre, exposé à quelque peine ?

R. Il est soumis à la loi *Julia* sur la violence publique ou privée. — Il y a violence privée lorsqu'elle a été faite sans armes ; il y a une violence publique lorsqu'elle a été commise avec des armes ; et sous le nom d'armes, on comprend non-seulement les boucliers, les glaives, les casques, etc., mais encore les bâtons et les pierres (2).

D. Lorsque celui qui avait été expulsé n'avait qu'une possession vicieuse, obtient-il l'interdit UNDE VI ?

R. Oui ; les exceptions *vi, clam* ou *precario*, qui font obstacle aux interdits *retinendæ possessionis*, n'ont point lieu ici (3).

D. Quels sont les interdits institués pour garantir la *quasi-possession ?*

R. Celui qui est troublé dans l'exercice d'une servitude personnelle ou réelle peut réclamer les interdits *uti possidetis, utrubi, unde vi*, ou des interdits spéciaux tels que ceux *de*

pervenerit, judicium dabo. L. 1. D. *de vi.* 43, 16. On voit par ce texte que l'interdit *recuperandæ possessionis* ne pouvait servir que dans l'année de la dépossession, de même que l'interdit *retinendæ possessionis* n'était d nné que dans l'année du trouble. L. 1, D. *uti possid.* 43, 17.

(1) Soit physique, soit morale, comme la menace de dangers graves et prochains.

(2) Voy. ci-après, tit. dernier, quelles sont les peines portées par la loi *Julia de vi publica vel privata.*

(3) Dans l'ancien droit, l'interdit *unde vi* n'était pas donné quand la violence n'était qu'une sorte de représailles, à moins qu'elle n'eût été publique, c'est-à-dire à main armée (*Gaius*, IV, 155).

itinere actuque privato et *de fonte*, qui correspondent à l'interdit *uti possidetis*, le premier pour le droit de passage, le second pour le droit de puisage.

D. Quelle est la troisième division des interdits ?

R. Ils se divisent en interdits simples et en interdits doubles.

D. Qu'entend-on par interdits simples ?

R. On entend par interdits simples ceux dans lesquels une seule des parties est demanderesse, et l'autre défenderesse. Tels sont les interdits restitutoires et exhibitoires ; car, dans ces interdits, celui qui demande qu'on restitue ou qu'on exhibe est seul demandeur.

D. Qu'entend-on par interdits doubles ?

R. On entend par interdits doubles ceux dans lesquels chacun des plaideurs est à la fois demandeur et défendeur (1). Parmi les interdits prohibitoires, les uns sont simples, les autres doubles. Au nombre des premiers sont les interdits par lesquels le préteur défend de faire quelque chose dans un lieu sacré, dans un fleuve public ou sur la rive (voy. p. 182). Au nombre des seconds, on peut citer les interdits *uti possidetis* et *utrubi*. En effet, celui qui défend à la demande d'un pareil interdit, en soutenant que le demandeur n'a pas droit de conserver la possession, ou bien même qu'il n'a pas la possession qu'il prétend avoir, demande par là même à être lui-même envoyé ou maintenu en possession.

D. La procédure des interdits est-elle en usage dans le dernier état du droit ?

R. Non (§ 8). Les interdits sont tombés en désuétude par suite de la nouvelle organisation qui, dans le Bas-Empire, fut donnée au pouvoir judiciaire. Depuis que le magistrat ne renvoie plus devant un juge, mais achève lui-même l'instruction et prononce la sentence, en un mot, depuis que tous les jugements sont *extraordinaires* (voy. p. 533), les parties agissent, dans les cas qui auraient été autrefois l'objet d'un interdit, comme si l'interdit avait été accordé, et elles

(1) Ces interdits sont appelés *doubles* dans le même sens que certaines actions sont appelées *mixtes* par Ulpien, et selon quelques-uns par Justinien (voy. p. 553).

demandent directement au magistrat ce qu'elles auraient demandé en vertu de l'action utile à laquelle la violation de l'interdit aurait donné lieu.

TITRE XVI. — *De la peine des plaideurs téméraires.*

D. Comment réprime-t-on la témérité des plaideurs ?

R. On la réprime par trois moyens : le serment, une peine pécuniaire et l'infamie (1).

D. Quels serments exige-t-on des plaideurs ?

R. D'après une constitution de Justinien, les deux parties doivent jurer qu'elles croient leur cause bonne; leurs avocats doivent faire un serment semblable.

D. Quelle peine pécuniaire est imposée au plaideur téméraire ?

R. Celui qui perd son procès est condamné à payer à son adversaire les dommages et les dépens du procès. De plus, le défendeur est quelquefois, à cause de sa résistance, condamné au double ou au triple ; tel est celui qui nie le dépôt nécessaire et le dommage causé à tort ; tel est encore celui qui se laisse poursuivre pour legs faits à des établissements pieux (voy. p. 554) (2).

D. Quand est-ce que l'infamie devient la peine du plaideur téméraire ?

(1) Pour empêcher que les citoyens ne se portassent trop facilement à plaider, on avait de tout temps pris des précautions et imposé des peines contre les procès téméraires. A l'époque où les actions de la loi étaient en vigueur, le *sacramentum* avait le caractère d'une garantie de ce genre (voy. p. 522). Sous le système formulaire, le *sacramentum* fut remplacé par la *sponsio* et *restipulatio*, stipulations par lesquelles une partie s'engageait à payer à son adversaire une somme déterminée au cas où elle succomberait. Ces stipulations pénales finirent par n'avoir plus rien de sérieux, et n'être plus que des formes sans conséquence. Mais l'usage s'introduisit d'exiger de l'adversaire le *juramentum calumniæ*, et même de recourir à une action spéciale, *judicium calumniæ*, par laquelle la partie qui pouvait prouver que le procès lui avait été fait par pure vexation, faisait condamner son adversaire à des dommages-intérêts du dixième ou du quart du litige. Cette action tomba en désuétude ; mais le *juramentum* se généralisa, et Justinien en fit, comme on va le voir, le préliminaire indispensable de tout procès.

(2) On peut considérer comme peine pécuniaire contre le demandeur téméraire ce qu'il est obligé d'accorder en cas de *plus-pétition*.

R. Cela arrive, par exemple, lorsque le défendeur est condamné par suite d'une action de vol, de biens enlevés par violence, d'injures ou de dol. Il en est de même lorsqu'il est condamné par suite des actions directes (1) de tutelle, de mandat, de dépôt et de société. — Observons que l'infamie n'est encourue, dans ces derniers cas, que par le jugement de condamnation, en sorte que, s'il y a eu transaction (*pacti*, § 2), l'ignominie légale n'a point lieu ; lors, au contraire, que l'action résulte du vol, du rapt, du dol, ou des injures, l'infamie, qui est plutôt alors la conséquence du méfait que du jugement, n'est point évitée par une transaction.

D. Quels sont les principaux effets de l'infamie encourue ?

R. Celui qui est noté d'infamie ne peut ni servir de témoin, ni être admis aux honneurs, ni porter une accusation publique ; il ne pouvait pas, avant Justinien, postuler en justice pour un autre (voy. p. 585, note).

D. Ne peut-on pas considérer comme un moyen de réprimer les procès téméraires la défense faite par le préteur d'appeler certaines personnes en justice (*in jus*) sans sa permission ?

R. Oui. Le préteur a défendu, sous peine de 50 solides, aux enfants d'appeler en justice leurs ascendants, aux affranchis de citer leur patron, sans avoir obtenu sa permission (voy. p. 527, note 1).

Titre XVII. — *De l'office du juge* (2).

D. Quel est le premier devoir du juge ?

R. C'est de juger conformément aux lois, aux sénatus-consultes, aux constitutions et au droit non écrit (*moribus*) (3).

(1) Les actions *contraires* de tutelle, de mandat et de dépôt, c'est-à-dire celles qui se donnent au tuteur contre le pupille, au mandataire contre le mandant, au dépositaire contre le déposant, ne sont point infamantes.

(2) Le mot *officium* désigne, sous le système formulaire, l'ensemble des pouvoirs et des obligations du juge ou juré.

(3) C'est-à-dire conformément au droit civil, par opposition au droit prétorien. — En effet, quelle que fût l'autorité des édits prétoriens, leur observation n'entrait pas, du moins directement, dans l'office du juge. Pour prendre en considération les moyens fondés

D. La sentence manifestement contraire au droit civil aurait-elle quelque effet ?

R. Non. Elle serait nulle, sans qu'il fût nécessaire d'en appeler pour la faire réformer (voy. p. 518). Il en serait autrement s'il y avait seulement erreur du juge et mal jugé ; par exemple, si le juge avait tenu pour certain un fait supposé, la sentence serait valable (1), sauf l'appel (2).

D. Comment le juge doit-il porter sa sentence, dans les actions noxales, lorsque le maître lui paraît devoir être condamné ?

R. Le juge ne doit condamner le maître qu'en lui laissant la faculté de payer le montant de la condamnation, ou de livrer l'esclave ou l'animal qui a causé le dommage ; il doit dire, par exemple : *Je condamne Publius Mœvius, envers Lucius Titius, à dix sols d'or, ou à faire abandon noxal* (§ 1).

D. Quel est l'office du juge dans l'action en revendication ?

R. S'il prononce contre le demandeur, le juge doit absoudre le possesseur ; s'il prononce contre le possesseur, il doit, avant de le condamner, lui ordonner de restituer la chose de suite (3), avec les fruits et autres accessoires, c'est-à-dire

sur le droit prétorien, sur l'équité, il fallait que le juge y fût spécialement autorisé par la conception de la formule. Au contraire, pour appliquer les moyens fondés sur le droit civil, le juge n'avait pas besoin que les moyens lui fussent formellement fournis. Lors donc que la formule portait simplement *si paret dare oportere.. si paret hanc rem esse Sempronii..*, c'est par les principes du droit civil que ces questions devaient être résolues. Pour les faire résoudre par d'autres principes, le préteur aurait rédigé la formule *in factum*, ou aurait inséré une exception dans la formule.

(1) Chez nous, les jugements rendus en opposition à une loi sont susceptibles d'être cassés par la cour suprême, tandis que ceux qui renferment seulement un mal jugé échappent à la censure de cette cour.

(2) L'appel devait être interjeté dans les deux jours qui suivaient celui du jugement contradictoire, ou celui dans lequel le condamné avait eu connaissance du jugement par défaut. Le délai était de trois jours si le condamné avait été défendu par procureur. Par la nov. 23, Justinien a accordé dix jours pour appeler.

(3) Dans les actions personnelles, on accorde ordinairement un délai de quatre mois au débiteur pour payer le montant de la condamnation. —La revendication est une action arbitraire (voy. ce que nous avons dit à cet égard, p. 559).

avec tout ce que le demandeur aurait eu si la chose lui eût été remise au moment de la *litis contestatio*. Toutefois, si le possesseur alléguait ne pouvoir restituer sur-le-champ et demandait un délai sans qu'il parût y avoir mauvaise intention de sa part, le juge pourrait lui accorder ce délai, en lui faisant garantir, par fidéjusseur, l'estimation du litige, pour le cas où il ne ferait pas la restitution dans le délai fixé.

D. De quels fruits le possesseur condamné doit-il tenir compte ?

R. Il faut distinguer entre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi. Le possesseur de mauvaise foi *(prædo)* doit tenir compte de tous les fruits perçus et de tous ceux qu'il a manqué de percevoir par sa négligence. — Le possesseur de bonne foi est seulement tenu de restituer les fruits non consommés ; il ne doit point compte des fruits perçus et consommés (1), ni de ceux qu'il a manqué de percevoir, du moins avant la *litis contestatio ;* car, lorsque le procès est constaté, tous les possesseurs sont égaux, c'est-à-dire de mauvaise foi (L. 22, C. *de rei vind.*, 6, 1).

D. Dans la pétition d'hérédité, le juge ne doit-il pas aussi observer de condamner le possesseur à restituer les biens héréditaires avec les fruits ?

R. Oui. Justinien dit qu'à l'égard du possesseur de bonne foi, on suit, pour le compte des fruits, les mêmes règles que dans le cas de revendication d'un objet particulier : ce qui

(1) Remarquez qu'il n'est pas exact de dire, en droit romain, que le possesseur de bonne foi gagne les fruits ; ce principe est contredit par une foule de textes, notamment par la L. 15, ff. *de cond. indeb.*, 12, 6, suivant laquelle celui qui de bonne foi a reçu une chose indue, est astreint à tenir compte de tous les fruits perçus, et par conséquent de ceux même qui sont consommés. L'acquisition des fruits consommés est, pour le possesseur de bonne foi, une conséquence de l'action qu'on a contre lui. Lorsque le demandeur ne peut agir que par la revendication, il n'obtient que les fruits non consommés, *quia res extinctæ vindicari non possunt.* Par la condiction *indebiti*, au contraire, le demandeur peut obtenir la valeur des fruits consommés, parce que, si les choses qui n'existent plus ne peuvent être revendiquées, elles peuvent néanmoins être l'objet d'une action personnelle, *condici tamen possunt* (voy. p. 192).—Si le possesseur de mauvaise foi est obligé de tenir compte des fruits consommés ou qu'il a manqué de percevoir, c'est qu'il est contraint par une action personnelle, qui ne se donne pas contre le possesseur de bonne foi (L. 5, C., *de cond. ex leg.*, 4, 9).

n'est pas exact, du moins depuis un sénatus-consulte rendu sur la proposition d'Adrien *(post senatus-consultum* : L. 28, ff. *de hæred. petit.* 5, 3) ; car, d'après le Sc., celui qui possède de bonne foi une hérédité, doit tenir compte des fruits même consommés, jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi (1).

D. Le possesseur de mauvaise foi d'une hérédité doit-il tenir compte, comme le possesseur d'un objet particulier, des fruits consommés ou qu'il a négligé de percevoir ?

R. Oui ; Justinien nous dit que, dans la pétition d'hérédité, les fruits se comptent, à l'égard du possesseur de mauvaise foi, à peu près *(pene)* de même que dans la revendication d'un objet particulier. L'empereur n'explique pas quelle est la différence annoncée par cette restriction ; elle consiste en ce que, dans la pétition d'hérédité, les fruits perçus ou qu'on a manqué de percevoir, même avant la *litis contestatio*, sont naturellement compris dans la demande, comme objets directs de l'action, parce qu'ils font partie de l'hérédité *(fructus augent hæreditatem ;* l. 51, § 1, ff. *de hæred. petit.* 5, 3) (2) ; tandis que, dans la revendication d'une chose particulière, les fruits perçus ou qu'on a manqué de percevoir avant la *litis contestatio* ne sont pas compris dans la demande, et ne peuvent être que l'objet d'une action spéciale, réelle, si les fruits existent encore ; personnelle, s'ils ont été consommés par le possesseur de mauvaise foi (l. 3, C. *de condict. ex leg.* 4, 9).

D. Que doit faire le juge, lorsqu'on exerce l'action *ad exhibendum ?*

R. Si le juge prononce contre le défendeur, il doit lui ordonner de représenter sur le champ la chose avec toutes

(1) Il est possible que le passage que Justinien a placé ici (2) soit tiré des écrits d'un jurisconsulte antérieur à Adrien.

(2) En effet, l'hérédité est une *universalité* qui reçoit des augmentations ou des diminutions, sans cesser d'être la même. — Il suit de là que le possesseur de mauvaise foi doit tenir compte non seulement du prix des fruits consommés avant la *litis contestatio*, mais encore des intérêts de ce prix, qui est *quid principale ;* tandis que dans la revendication d'un objet particulier, le possesseur de mauvaise foi ne doit point les intérêts des droits perçus, soit avant soit après la *litis contestatio*, parce que les fruits sont considérés comme des accessoires, et que *accessionis accessio non est* (l. 13, ff. *de usur.*, 22, 1).

ses dépendances (*etiam rei causam*, § 3), c'est-à-dire faire avoir au demandeur tout ce qu'il aurait eu si la chose avait été exhibée à l'instant même où on a demandé qu'elle le fût (1). Il doit aussi lui ordonner de représenter les fruits perçus depuis la *litis contestatio (post acceptum judicium)*. Cependant, si le défendeur demande, sans intention frauduleuse, un délai moral pour exhiber, on doit le lui accorder, pourvu qu'il garantisse la restitution. — Si le défendeur ne représente pas la chose sur le champ, suivant l'ordre du juge, ou s'il ne donne pas caution de l'exhiber dans le délai qui lui est accordé, il est du devoir du juge de le condamner en tous les dommages-intérêts qu'a soufferts le demandeur de ce que la chose ne lui a pas été exhibée dès le commencement.

D. Quel est l'office du juge dans l'action *familiæ erciscundæ* (en partage d'une hérédité) ?

R. Le juge doit adjuger à chaque héritier des objets séparés ; et si l'adjudication se trouve plus forte à l'égard de l'un d'eux, il doit condamner celui-ci à payer en retour à ses cohéritiers une certaine somme. Il est encore dans l'office du juge de condamner celui qui aurait perçu seul les fruits des biens indivis, ou qui aurait altéré ou dénaturé les choses communes, à indemniser ses cohéritiers comme aussi de condamner les cohéritiers à indemniser celui d'entre eux qui aurait fait seul des dépenses pour l'entretien des biens héréditaires.

D. N'en est-il pas de même dans l'action *communi dividundo* (en partage d'un objet commun) ?

R. Oui ; du moins lorsqu'il s'agit de plusieurs choses distinctes, ou d'une seule qui peut être commodément partagée entre les copropriétaires ; mais lorsqu'il s'agit d'un seul objet qui ne peut pas se diviser avantageusement, par exemple d'un cheval, d'un esclave commun, le juge doit l'adjuger en entier à un seul des copropriétaires, en condamnant celui-ci à payer aux autres une certaine somme en retour (2).

(1) En sorte, dit le texte, que si l'usucapion avait été acquise durant l'instance, le défendeur n'en devait pas moins restituer la chose, parce que l'usucapion est rescindée par la sentence. Ainsi, du moins dans l'ancien droit, l'usucapion n'était point interrompue par la demande, à la différence de la prescription *longi temporis*, qui cessait de courir dès l'instant et par le seul effet de la demande (voy. p. 236).

(2) Encore faudrait-il en dire autant dans la pétition d'hérédité si, ce qui à la vérité arrive rarement, l'hérédité ne se composait en actif que d'un seul objet indivisible.

D. Quel est l'office du juge dans l'action *finium regundorum* (en règlement des limites) ?

R. Le juge doit examiner si l'adjudication est nécessaire ; et elle n'est nécessaire que dans un seul cas, lorsqu'il importe de distinguer les terrains par des limites plus apparentes que celles qui les distinguaient auparavant : alors le juge doit adjuger au propriétaire d'un des héritages une partie du fonds de l'autre (1), en condamnant l'adjudicataire à payer à son voisin une certaine somme en retour. Dans cette action, chacun des voisins doit aussi être condamné, soit à raison du dol qu'il aurait commis relativement aux limites, par exemple, en enlevant les pierres ou en coupant les arbres qui servaient de bornes, soit à raison de sa résistance illégale (*contumaciæ*), comme si, malgré l'ordre du juge, il n'avait pas laissé arpenter le terrain.

D. Quel est l'effet des adjudications prononcées par le juge dans les trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum* ?

R. Ces adjudications ont pour effet de transférer à l'instant la propriété à celui à qui elles sont faites (voy. p. 206) (2).

(1) Ainsi, par exemple, le juge pourrait m'adjuger une partie du fonds de mon voisin, pour étendre le mien jusqu'à un ruisseau ou un chemin public, qui lui servirait de limite plus apparente, plus naturelle.

(2) Ceci prouve que les trois actions dont il s'agit sont personnelles (voy. p. 552) ; le demandeur prétend se faire attribuer une propriété qu'il reconnaît par là même ne pas lui appartenir, ce qui est exclusif de l'action réelle. En effet, chacun des copropriétaires ou cohéritiers a une quote-part dans toutes les parties de la chose commune, et par l'action *communi dividundo, familiæ erciscundæ*, il demande qu'on lui transfère la propriété exclusive d'une partie de la chose, en attribuant à ses consorts une propriété également exclusive dans les autres parties de cette même chose. Aussi, est-il incontestable qu'en droit romain le partage est attributif de propriété, c'est un échange qui s'opère, entre les propriétaires et héritiers, du droit que celui-ci avait dans telle partie, pour le droit que celui-là avait dans telle autre. D'ailleurs, rien ne prouve mieux que ces actions sont tout à fait personnelles, que la L. 1, § 1. ff. *famil. ercisc.* 10, 2, suivant laquelle, si la personne contre qui l'action en partage est dirigée ne reconnaît pas le demandeur pour cohéritier, l'action pourra être repoussée par l'exception *si in ea re de qua agitur præjudicium hæreditati non fiat.* Il faudra donc que le demandeur abandonne son action en partage pour recourir à la péti-

TITRE XVIII. — *Des jugements publics.*

D. Pour bien entendre la matière des jugements publics (*judicia publica*), c'est-à-dire des instances criminelles, ne faut-il pas avoir des notions historiques sur l'organisation de la justice criminelle chez les Romains ?

R. Oui. De même qu'on ne peut comprendre ce que les Institutes nous disent des *actions*, qu'en se référant à l'organisation des instances privées (*judicia privata*) sous le régime des *actions de la loi*, et surtout sous le système *formulaire*, de même, pour avoir l'intelligence du chapitre que Justinien consacre aux instances publiques, il est nécesaaire d'avoir certaines notions sur l'organisation de la Justice criminelle, dans les temps antérieurs.

Or, voici ce qu'il y a de plus essentiel à connaître à ce sujet.

On sait que, dans les institutions du peuple romain, on ne séparait pas, comme de nos jours, le pouvoir administratif du pouvoir judiciaire. Le pouvoir judiciaire était une dépendance du pouvoir administratif et du droit de commander. L'*imperium* confié aux rois, puis aux consuls, comprenait le pouvoir de punir, et par conséquent de juger en matière criminelle. Mais ce pouvoir fut, comme les autres pouvoirs administratifs, partagé avec le sénat et dominé par le pouvoir souverain du peuple, par les comices. Et voici l'état des choses tel qu'il nous apparaît dans le premier temps de la république.

La juridiction criminelle est exercée simultanément : 1o par les consuls ; 2o par les comices, qui, surtout depuis que la loi de Valérius Publicola avait consacré le droit pour tout citoyen d'en appeler au peuple contre les jugements des magistrats portant peine de mort ou une peine corporelle, avaient fini par connaître directement de la plupart des

tion d'hérédité, sauf à reprendre la première lorsque sa qualité d'héritier aura été reconnue. Or comment pourrait-on trouver quelque caractère d'action *réelle* dans une action par laquelle on ne peut pas faire reconnaître qu'on a le droit absolu (*jus in re*) ? Pareillement, dans l'action *finium regundorum*, si le voisin contestait au demandeur la propriété de telle portion de terrain qu'il regarde comme appartenant à son domaine, le demandeur serait obligé de recourir à la revendication, l'action *fin. reg.* n'ayant point pour objet de faire reconnaître un droit de propriété.

crimes contre la sûreté ou la majesté du peuple romain (voy. *Int.* p. 24) ; 3o par le sénat, qui jugeait surtout les crimes touchant aux relations extérieures de Rome, comme les révoltes des alliés, les concussions des gouverneurs des provinces, mais qui connaissait aussi de certaines crimes particuliers, comme l'empoisonnement (1).

Il importe de remarquer : 1o que le jugement rendu par le peuple ou par le sénat, n'étant qu'une loi ou un sénatus-consulte particulier, ne pouvait être provoqué que par les magistrats qui avaient le droit de convoquer les comices (2) ou le sénat ; les simples citoyens ne pouvaient, par conséquent, se porter directement accusateurs ; 2o qu'à cette époque, les crimes ou délits n'étaient pas définis par la loi, et qu'une peine spéciale n'était pas édictée contre chacun d'eux ; la pénalité était, en général, arbitraire, et réglée seulement par la coutume ; 3o que le peuple ou le sénat jugeait rarement les affaires par lui-même ; le plus souvent il déléguait la recherche et la connaissance (*quæstio*) du crime qui lui était dénoncé à des commissaires appelés *quæstores* ou *quæsitores*, aux consuls, aux préteurs, aux gouverneurs des provinces. Ces délégations étaient spéciales à chaque cause : la *quæstio* cessait avec le jugement.

Mais elles finirent par avoir un caractère plus général, et cet usage donna naissance à ce qu'on appela les *quæstiones perpetuæ*. En l'an 605 de Rome, la loi Calpurnia décida qu'il y aurait une commission permanente chargée de prononcer sur le *crimen repetundarum*, c'est-à-dire sur les magistrats accusés d'avoir extorqué de l'argent aux particuliers. Cette délégation, cette attribution spéciale de compétence (*quæstio*)

(1) Il faut ajouter que les pontifes avaient une juridiction illimitée sur les ministres de la religion, flamines ou vestales, et que le chef de famille avait, en vertu de la puissance paternelle, un droit de punition qu'il exerçait avec l'assistance des principaux membres de la famille (voy. p. 125).

(2) C'est-à-dire par un consul, un préteur ou un questeur, quand le peuple était convoqué par centuries ; et par les tribuns ou les édiles, quand le peuple était convoqué par tribus. Car les comices-tribus avaient fait invasion dans le domaine de la juridiction criminelle, comme dans le domaine législatif. Cependant leur juridiction resta plus politique que judiciaire. Tandis que les comices par centuries connaissaient des crimes qui ne touchaient pas à l'intérêt politique de la plèbe, les comices par tribus frappaient d'une amende arbitraire les magistrats sortis de charge et les grands convaincus d'avoir porté atteinte au droit des plébéiens.

fut appelée perpétuelle, par opposition à celles qui étaient données autrefois pour une seule affaire ; mais les pouvoirs de la commission, et en particulier ceux du magistrat qui la présidait, étaient annuels, comme toutes les anciennes magistratures (1). D'autres commissions furent successivement instituées pour juger d'autres crimes. Il y eut la *quæstio de ambitu* (relative aux brigues), la *quæstio de sicariis* (relative aux meurtres), etc., etc.

Ces commissions étaient présidées par un préteur (2), et composées de juges jurés pris sur la liste des *judices* (3).

L'institution des *quæstiones perpetuæ* fit cesser l'arbitraire auquel le droit criminel était généralement abandonné. La loi qui créait une *quæstio perpetua*, définissait le crime auquel elle s'appliquait, déterminait la peine et la composition de la commission chargée du jugement (4).

Il en résulta un autre avantage, ce fut de donner à tout citoyen le droit de se porter accusateur devant la *quæstio* compétente.

Les *quæstiones perpetuæ*, qui d'ailleurs n'avaient lieu qu'à Rome et dans un mille autour de la ville, ne détruisirent pas entièrement les autres juridictions criminelles. Les crimes qui n'avaient pas été l'objet d'une *quæstio perpetua*

(1) Les *quæstiones* furent appelées *perpetuæ* dans le même sens qu'on appela *edictum perpetuum* l'édit que le prêteur publiait à son entrée en charge et qu'il ne pouvait changer pendant la durée de sa magistrature (voy. p. 41 et 54).

(2) L'institution des commissions permanentes, c'est-à-dire annuelles, obligea à augmenter le nombre des préteurs. Il y eut : 1o le préteur urbain et le préteur pérégrin, chargés de la justice civile ; 2o les préteurs envoyés pour gouverner les provinces ; 3o les préteurs attachés aux *quæstiones perpetuæ* et qui prenaient le nom de la nature des procès qu'ils jugeaient : *quæstores repetundarum*, *quæstores parricidii*, etc.

(3) C'est la puissance que donnait aux citoyens portés sur les listes des *judices* le jugement des crimes, objets des *quæstiones perpetuæ*, qui fit que le sénat et les chevaliers se disputèrent si vivement le droit de figurer sur les listes (voy. p. 529). Le nombre des jurés qui devaient siéger dans chaque *quæstio* variait, et était déterminé par la loi qui avait déterminé cette *quæstio*.

(4) Le nombre des *quæstiones perpetuæ* n'était pas très grand. Mais on étendit la compétence de quelques-unes d'elles à des crimes que la loi de leur institution ne leur avait pas attribués. C'est ainsi qu'on appliqua la loi Cornelia *de sicariis* au faux témoignage et à la vénalité du juge (Paul, *Sent*, v. 23).

restaient soumis à la juridiction des comices ou du sénat, qui pouvait déléguer spécialement, pour chaque affaire, un consul, un préteur ou des *quæstores* particuliers. Mais les *quæstiones perpetuæ* furent considérées comme la juridiction ordinaire ; c'est aux instances portées devant le jury composant les commissions permanentes que s'applique particulièrement l'expression *publica judicia*. Lorsque les comices, le sénat ou des magistrats statuent, en dehors de cet *ordo judiciorum publicorum*, la procédure prend le nom de *cognitio extraordinaria*, *extra ordinem cognoscebat* (1).

Sous l'empire, les *quæstiones perpetuæ* se maintinrent pendant plus d'un siècle ; mais le nombre des *cognitiones extraordinariæ* s'accroît de plus en plus. L'empereur juge assez fréquemment les crimes graves dans son *auditorium*. Le sénat prononce sur les crimes des sénateurs, de leurs femmes et de leurs enfants. Il statue aussi sur les accusations de meurtre, d'empoisonnement, d'adultère, sur les faux, sur les actes de violence. Mais sa juridiction tend à s'affaiblir vers la fin de l'empire. Le préfet de la ville à Rome, le préfet du prétoire et les gouverneurs dans les provinces, les magistrats municipaux pour les délits de moindre importance, ont absorbé la juridiction criminelle.

D. Dans le dernier état du droit, qu'entend-on par jugements publics ?

R. Sous Justinien, les anciens *judicia publica* n'existent plus, en ce sens que la procédure organisée par les lois qui avaient institué les *quæstiones perpetuæ* a disparu. Mais la pénalité a été conservée, et l'on appelle encore *judicia publica* les instances criminelles qui, bien que portées devant les magistrats, dans la forme des *cognitiones extraordinariæ*, tendent à faire punir les crimes prévus par les anciennes lois pénales (2).

D. Pourquoi les instances criminelles ont-elles reçu le nom de procédure ou *jugements publics?*

R. Parce qu'en général, elles peuvent être poursuivies

(1) C'est dans le même sens qu'on appela *extraordinariæ cognitiones*, sous le régime des formules, les instances civiles sur lesquelles le magistrat statuait directement, sans l'intervention du *judex*.

(2) Paul disait déjà (L. 8, D. *de publ. jud.*, 48, 1) : *Ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse disiit : durante tamen pœna legum, cum extra ordinem crimina probantur.*

par tout citoyen (*cuivis ex populo*, § 1) (1) ; cependant certaines personnes (*plerumque*) n'ont pas été admises au droit d'accusation, si ce n'est lorsque le crime a été commis contre elles-mêmes ou contre leurs proches. Tels sont les femmes, les pupilles et les personnes notées d'infamie.

D. Les instances publiques s'introduisent-elles comme les actions ou procédures privées (*privata judicia*) ?

R. Non. Tandis que, sous le système formulaire, les procédures privées s'organisèrent au moyen des *actions*, c'est-à-dire des formules obtenues du préteur, les instances criminelles étaient poursuivies sous d'autres formes (*neque per actiones ordinantur*, pr.), par la voie de l'accusation (2).

D. Comment se divisent les procédures ou jugements publics ?

R. Elles se divisent en procédures capitales et procédures non capitales. Sont capitales (*capitalia*) celles qui entraînent la mort naturelle (*quæ ultimo supplicio officiunt*, § 2), et celles qui emportent la condamnation aux mines, l'interdiction de l'eau et du feu, où la déportation, car ces condamnations entraînent la perte des droits de cité (voy. p. 104 et 157). Les autres procédures sont non capitales (*non capitalia*), c'est-à-dire ne privent pas le condamné de ses droits de cité : elles emportent seulement l'infamie et une peine pécuniaire (2).

D. Par quelles lois ont été établis les jugements publics ?

R. Ils ont été établis par diverses lois dont les plus im-

(1) On sait que les Romains n'avaient pas une institution analogue à celle de notre *ministère public*.

(2) Celui qui veut poursuivre un crime ou un délit (voy. p. 498), doit souscrire, devant le magistrat compétent, le libelle d'accusation, dans lequel il expose les faits et nomme l'accusé ; il affirme, sous serment, qu'il n'agit point par calomnie, et il s'engage à fournir les preuves et à poursuivre l'accusation jusqu'au jugement.

(3) Les anciens *judicia publica* emportaient tous l'infamie. Quant aux *cognitiones extraordinariæ*, elles n'emportaient l'infamie que lorsqu'elles avaient lieu pour un crime ou un délit à l'égard desquels l'action privée elle-même eût été infamante, comme lorsqu'il s'agissait de vol, de violence ou d'injure (voy. p 597). Sous Justinien, quoique toutes les instances criminelles soient appelées *judicia publica*, il n'y a que celles qui auraient emporté l'infamie sous l'ancien droit qui continuent à l'entraîner.

portantes sont : 1o la loi JULIA *majestatis ;* 2o la loi JULIA *de adulteriis ;* 3o la loi CORNELIA *de sicariis ;* 4o la loi POMPEIA *de parricidiis ;* 5o la loi CORNELIA *de falsis ;* 6o la loi JULIA *de vi publica vel privata ;* 7o la loi JULIA *peculatus* ; 8o la loi FABIA *de plagiariis* ; 9o la loi JULIA *de ambitu* ; 10o la loi JULIA *repetundarum* ; 11o la loi JULIA *de annona* ; 12o la loi JULIA *de residuis.*

D. Quels sont les crimes prévus par la loi JULIA *majestatis ?*

R. Cette loi (attribuée à Jules César) punit le crime de lèse-majesté, c'est-à-dire les complots tramés contre l'empereur ou contre l'Etat (1). La peine infligée par cette loi était d'abord l'interdiction de l'eau et du feu ; sous Tibère, on lui substitua la peine de mort (Paul, *Sent.* 29, 1). Le coupable peut être poursuivi, et sa mémoire être condamnée, même après sa mort *(memoria... post mortem damnatur)* (2).

D. Quels sont les crimes prévus par la loi JULIA *de adulteriis* ?

R. Cette loi (portée sous le règne d'Auguste (3), an de R. 736) prévoit non-seulement l'adultère, mais aussi le crime de ceux qui se livrent à d'infâmes débauches avec des hommes. Elle ne portait pas, comme semble le dire Justinien, la peine de mort *(gladio punit)*, mais seulement la confiscation d'une partie des biens et la relégation dans une île (Paul, *Sent.* 2, 26, 14). Ce fut une constitution de Constantin qui établit la peine de mort (l. 30, § 1, C. 9, 9). — La même loi réprime la séduction *(stupri flagitium)*, lorsqu'elle est exercée sans violence (4) sur une fille ou une veuve de

(1) Le simple projet était puni comme le crime exécuté. C'était là, d'ailleurs, une règle générale dans le droit pénal des Romains. *Eadem enim severitate volontatem scleris, qua effectum, puniri jura voluerunt,* L. 5. C., *ad leg. Juliam Majestatis,* 48, 4. Voy. aussi L. 14, D. 48, 8.

(2) Voy. p. 360. C'est là une règle particulière au crime de lèse-majesté ; car, en général, la mort éteint la poursuite criminelle. *Extinguitur... crimen mortalitate.* L. 11, D. 48, 4.

(3) Cette loi *Julia* est la même que celle qui avait prohibé l'aliénation du fonds dotal, sans le consentement de la femme. Voy. p. 52 et 277.

(4) Lorsque la séduction est exercée avec violence, il y a lieu à l'application de la loi *Julia de vi privata vel publica*, dont il sera parlé plus loin.

bonne mœurs. La peine de ce délit est, pour les coupables d'une condition honorable, la confiscation de la moitié des biens, et pour ceux de basse condition, une peine corporelle avec la rélégation.

D. Quels sont les crimes prévus par la loi CORNELIA *de sicariis* ?

R. Cette loi (que Cornelius Sylla fit passer pendant sa dictature, an de R. 672) punit les meurtriers *sicarii*, (de *sica*, poignard) et ceux qui portent une arme quelconque (voy. p. 609), dans le dessein de tuer quelqu'un. Elle s'appliquait aussi aux empoisonneurs *(de veneficis)* et à ceux qui auraient vendu publiquement des drogues nuisibles. La loi *Cornelia* prononçait la peine de l'interdiction de l'eau et du feu. Ce ne fut que plus tard qu'à cette peine fut substituée la peine de mort *(ultore ferro)*.

D. Quels sont les crimes punis par la loi POMPEIA *de parricidiis* ?

R. Cette loi (portée sous le consulat de Pompée, an de R. 701) punit, sous le nom de parricide (1), le meurtre non seulement du père et de la mère, mais des autres ascendants, de parents collatéraux jusqu'au quatrième degré, du conjoint ou de son ascendant au premier degré, du patron ou de la patronne. Elle punit aussi le meurtre de l'enfant par sa mère ou son aïeul (2). Le coupable et ses complices ou instigateurs sont cousus dans un sac avec un chien, un coq, une vipère et un singe, et jetés dans la mer ou dans un fleuve. Du temps de Paul, le parricide était livré aux flammes ou aux bêtes (Paul, *Sent* v, 24). Mais Constantin a rétabli l'ancien supplice porté par la loi Pompeia, et l'a appliqué au meurtre d'un enfant par son père (voy. p. 125).

D. A quels crimes s'applique la loi CORNELIA *de falsis* ?

R. Cette loi (portée, comme celle *de sicariis*, sous la dictature de Sylla) s'appliquait à la falsification des testaments ;

(1) Le mot *parricidium* a deux significations : composé de *cædes* meurtre, et *paris*, de son semblable, il est synonyme de *homicidium*, meurtre d'un homme par un homme. Dans un sens restreint, il signifie *patris cædes*, meurtre d'un ascendant ou d'une personne à laquelle on en donne le titre.

(2) La loi Pompéia ne punissait pas le meurtre du fils par le père, parce que celui-ci avait le droit de vie et de mort sur celui-là, en vertu de la puissance paternelle.

ce qui fait qu'on l'appelle aussi *testamentaria*. Elle punit celui qui aurait écrit, scellé, lu ou présenté un testament faux, ou aurait fait graver ou appliqué sciemment un faux cachet La peine est, contre les esclaves, le dernier supplice, et, contre les hommes libres, la déportation. La loi Cornelia n'était relative qu'aux faux testaments ; mais sous Tibère, elle a été étendue par le Sc. Libonien aux faux commis dans les autres actes *(vel alium instrumentum)*.

D. A quels crimes s'applique la loi JULIA *de vi publica seu privata ?*

R. Cette loi (que les uns attribuent à Jules César, les autres à Auguste, et qui contenait une foule de mesures destinées à prévenir les rébellions) (1) est relative aux actes de violence. Si la violence a été *publique*, c'est-à-dire armée (voy. p. 595), la peine est la déportation ; si la violence a été *privée*, c'est-à-dire non armée, la peine est la confiscation du tiers des biens. Justinien a voulu que la violence fût punie de mort quand elle aurait été employée au rapt d'une femme mariée ou non, libre ou esclave d'autrui (L. un. C. *de rap. virg.* 9, 13)

D. A quels crimes s'applique la loi JULIA *peculatus ?*

R. Cette loi (qu'on attribue ordinairement à Auguste, et qui paraît avoir remplacé une loi plus ancienne sur la matière) est relative au péculat, c'est-à-dire au vol ou détournement des deniers ou objets publics, sacrés ou religieux. Elle ne prononçait que la peine du quadruple (Paul, *Sent.* v. 27, L. 13, D. *ad leg. Jul. peculatus* 48, 13). Cette peine fut remplacée, du temps d'Ulpien, par la déportation (L. 3, D. *eod. l.*) qui s'appliquait encore, à la fin de l'empire, au péculat commis par ceux qui n'avaient pas l'administration des objets volés ou détournés. Mais Théodose décréta la peine de mort *(capitali animadversione)* contre les fonctionnaires publics coupables de péculat, et contre leurs complices ou recéleurs (2).

D. A quel crime la loi Fabia de *plagiariis* est-elle relative ?

(1) Comme la défense de paraître armé sur la voie publique, de former des associations illicites, etc. (voy. L. 1 et 10. D. *ad legem Juliam de vi publ.* 48, 6).

(2) En général, la pénalité fut exagérée sous l'Empire, par les Sc. et les constitutions impériales.

R. Cette loi (dont l'origine est inconnue, mais qui est antérieure à Cicéron) punit le plagiat, c'est-à-dire le crime de celui qui dérobe, tient dans les fers, vend ou achète un homme libre, ou même l'esclave d'autrui. Elle n'infligeait qu'une peine pécuniaire *(olim pœna summaria fuit)* (Paul, *Sent.* v. 3, §1). Mais les constitutions impériales ont remplacé cette peine, tantôt par la relégation, tantôt par la mort, suivant la condition du coupable.

D. Quels sont les crimes prévus par les lois JULIA *ambitus*, JULIA *repetundarum*, JULIA *de annona* et JULIA *de residuis* ?

R. Ces lois, qui font partie des réformes de Jules César et d'Auguste, furent des espèces de codifications ou de révisions des lois rendues sur la même matière.

La loi JULIA *ambitus*, relative au crime d'ambition, punissait ceux qui avaient corrompu ou violenté les suffrages pour obtenir des fonctions publiques. Ses dispositions durent tomber en désuétude quand les empereurs eurent acquis le pouvoir de nommer aux fonctions publiques ; elle se sont toutefois maintenues dans les villes municipales, où les magistrats étaient nommés par élection.

La loi JULIA *repetundarum* (qui était une révision de la loi Calpurnia, dont nous avons parlé plus haut, p. 606) réprimait les concussions de toute espèce.

La loi JULIA *de annona* punissait les manœuvres destinées à produire la cherté des vivres.

La loi JULIA *de residuis* (sur les reliquats de compte) atteignait dans une de ses formes le crime de péculat. Elle punissait d'une peine pécuniaire le comptable public qui, par négligence ou mauvaise foi, ne versait pas au trésor les sommes qu'il avait entre les mains.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENT 5
PRÉFACE 7
INTRODUCTION HISTORIQUE A L'ETUDE DU DROIT ROMAIN 9
Première période 9
Deuxième période 34
Troisième période 44
Quatrième période 58
Recueil de droit de Justinien 71
Destinée du droit romain après Justinien 75
BIBLIOTHÈQUE CHOISIE DU DROIT ROMAIN 83

LIVRE PREMIER

TITRE I. De la justice et du droit 89
— II. Du droit naturel, du droit des gens et du droit civil 92
— III. Des personnes 100
— IV. Des ingénus 108
— V. Des affranchis 110
— VI. Quels sont ceux qui ne peuvent affranchir et par quels motifs 116
— VII. De l'abrogation de loi Fusia Caninia 120
— VIII. De ceux qui dépendent d'eux-mêmes ou d'autrui. 121
— IX. De la puissance paternelle 123
— X. Des noces 126
— XI. Des adoptions 139
— XII. De quelles manières se dissout le droit paternel. 144
— XIII. Des tutelles 149
— XIV. Quels tuteurs on peut nommer par testaments ... 152
— XV. De la tutelle légitime des agnats 155
— XVI. De la diminution de tête 157
— XVII. De la tutelle légitime des patrons 159
— XVIII. De la tutelle légitime des ascendants 160
— XIX. De la tutelle fiduciaire 160
— XX. Du tuteur atilien, et de celui qui était donné en vertu de la loi *Julia* et *Titia* 162

TITRE XXI. De l'autorisation des tuteurs 164
— XXII. De quelles manières finit la tutelle 168
— XXIII. Des curateurs 169
— XXIV. De la caution des tuteurs et des curateurs 172
— XXV. Des excuses des tuteurs et des curateurs 174
— XXVI. Des tuteurs et des curateurs suspects 177

LIVRE SECOND

TITRE I. De la division des choses et de l'acquisition de la propriété 181
— II. Des choses corporelles et incorporelles 212
— III. Des servitudes d'héritages ruraux et urbains 213
— IV. De l'usufruit 221
— V. De l'usage et de l'habitation 229
— VI. Des usucapions et des prescriptions de long temps 231
— VII. Des donations 240
— VIII. De ceux qui peuvent ou ne peuvent pas aliéner .. 247
— IX. Par quelles personnes on acquiert 251
— X. De la forme des testaments 256
— XI. Du testament militaire 266
— XII. Des personnes à qui il n'est pas permis de tester. 269
— XIII. De l'exhérédation des enfants 272
— XIV. De l'institution des héritiers 280
— XV. De la substitution vulgaire 289
— XVI. De la substitution pupillaire 292
— XVII. De quelles manières les testaments sont infirmés 296
— XVIII. Du testament inofficieux 300
APPENDICE. 304
TITRE XIX. De la qualité des héritiers et de leur différence .. 305
— XX. Des legs 313
— XXI. De la révocation et de la translation des legs. ... 340
— XXII. De la loi Falcidie 342
— XXIII. Des hérédités fidéicommissaires et du sénatus-consulte Trébellien 346
— XXIV. Des objets particuliers laissés par fidéicommis ... 354
— XXV. Des codicilles 357

LIVRE TROISIÈME

TITRE I. Des hérédités qui sont déférées *ab intestat* 360
— II. De la succession légitime des agnats 370
Note sur l'ancienne succession des gentils 374

TITRE III.		Du sénatus-consulte Tertullien	378
—	IV.	Du sénatus-consulte Orphitien	381
—	V.	De la succession des cognats	383
—	VI.	Des degrés de parenté	385
—	VII.	De la succession des affranchis	388
—	VIII.	De l'assignation des affranchis	390
—	IX.	Des possessions de biens	391
APPENDICE AUX TITRES PRÉCÉDENTS.		Des successions *ab intestat*, suivant les nouvelles 118 et 127	398
TITRE X.		De l'acquisition par adrogation	401
—	XI.	De celui à qui les biens sont adjugés pour valider les affranchissements	403
—	XII.	Des successions supprimées	405
—	XIII.	Des obligations	409
—	XIV.	De quelles manières une obligation se contracte par la chose	420
—	XV.	Des obligations verbales	429
—	XVI.	Des costipulants et des copromettants	436
—	XVII.	De la stipulation des esclaves	437
—	XVIII.	De la division des stipulations	439
—	XIX.	Des stipulations inutiles	442
—	XX.	Des fidéjusseurs	451
—	XXI.	Des obligations littérales	455
—	XXII.	Des obligations consensuelles	460
—	XXIII.	De la vente	462
—	XXIV.	Du louage	467
—	XXV.	De la société	470
—	XXVI.	Du mandat	474
—	XXVII.	Des obligations qui naissent comme d'un contrat	480
—	XXVIII	Par quelles personnes on acquiert une obligation	486
-	XXIX.	De quelles manières s'éteint une obligation	486

LIVRE QUATRIÈME

TITRE I.		Des obligations qui naissent d'un délit	498
—	II.	De l'action des biens ravis par force	507
—	III.	De la loi *Aquilia*	509
—	IV.	Des injures	513
—	V.	Des obligations qui naissent comme par un délit.	517
—	VI.	Des actions	520
—	VII.	Des actions données en raison des affaires traitées avec un individu *alieni juris*	563

TITRE	VIII.	Des actions noxales	568
—	IX.	De l'action résultant du dégât causé par un quadrupède	571
—	X.	De ceux par qui nous pouvons agir en justice	572
—	XI.	Des cautions	575
—	XII.	Des actions perpétuelles ou temporaires et de celles qui passent aux héritiers et contre les héritiers	578
—	XIII.	Des exceptions	580
—	XIV.	Des répliques	586
—	XV.	Des interdits	587
—	XVI.	De la peine des plaideurs téméraires	597
—	XVII.	De l'office du juge	598
—	XVIII.	Des jugements publics	604

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

OUVRAGES DE FONDS de la MAISON C. THÉOn.

ABBOTT'S Railway Law of Canada, 1 vol..... 1896		$ 9 0(
BEAUCHAMP'S Jurisprudence of the Privy Council, 1 vol..1891		8 00
CRANKSHAW'S Criminal Code of Canada, 1 vol.....1894		10 00
—— Guide to Magistrates and Justices of the Peace, 1 vol..... 1895		5 00
DeMONTIGNY Droit Criminel (Des Arrestations) 1 vol. toile.1882		25
DORAIS & DORAIS "Nouveau Code de Procédure Civile de la Province de Québec," devenu en vigueur le 1er Septembre 1 vol. in-32..... 1897		2 00
Ce code est le seul paru, et possède un index alphabétique et analytique des plus complets.		
—— "Nouveau Code Civil de la Province de Québec," mis au courant de la Législation, in-32..... 1897		2
DORION'S Queen's Bench Reports (Appeal Side), 4 vols..'881-84		20
DORION Preuve par Témoins, 1 vol.....1894		1
DROIT sur les Successions et Transport d'Immeubles 1892		
DUBREUIL'S Reference Book, 1 vol.....1887		1
FREMONT'S Compendium of Dominion Laws of Canada, 1 vol 1884		1 50
GERVAIS Sur les Hypothèques (sous presse).....		
HOLT'S Canadian Railway Law, 1 vol.....1886		1 00
—— Treatise on the Insurance Law of Canada, Fire, Life, Accident, Guarantee, Mutual, Benefit, &c. (in press.) Prix: par 100 pages.....		1 00
Cet ouvrage sera le premier livre complet sur cet important sujet publié au Canada.		
LAGRANGE Manuel de droit Romain, édition canadienne, in-12.....1897		2 00
LANGELIER De la Preuve, 1 vol.....1894		5 00
LAREAU Code Civil du Bas-Canada, 1 vol..... 1885		2 00
LAREAU Histoire du droit Canadien, 2 vols.....1889		5 50
LA THEMIS Revue Critique, 5 vols.....1879-83		20 00
LAVALLÉE, LAVALLÉE & LAVALLÉE Loi sur Privilèges des Entrepreneurs, Ouvriers, etc 1897		25
LEGAL NEWS, 19 vols 1878-96		85 00
LEMIEUX R. Contrainte par Corps, 200 pages in-8 bro 1896		1 00
LORANGER Commentaire sur le Code Civil (Du Mariage), 1 vol..... 1880		2 75
LORRAIN Précis de la Procédure Sommaire, pamphlet.....		25
—— Code des Locateurs et Locataires, 1 vol.....1885		3 00
—— Code Civil, 1 vol 1893		1 50
—— Code Municipal, 1 vol.....1893		1 00
LOWER CANADA JURIST (The), 35 vols.....1855-91		125 00
MONTHLY LAW DIGEST & REPORTER, 1 v. only ..1892-93		6 00
MARCHAND Formulaire du Notariat de la Province de Québec, Français-Anglais, 1 vol..... 1892		12 00
MASSICOTTE Tableaux Synoptiques du Code Civil de la P. Q., in-8 grand.....1895		1 00

OUVRAGES DE FONDS de la MAISON C. THEORET

(SUITE)

MATHIEU THEVENOT D'ESSAULE Traité des Substitutions, 1 vol	1888	5 00
—— Code Municipal, 2ème édition, 1 v.	1894	2 00
MIGNAULT Manuel de Droit Parlementaire, 1 vol	1889	1 00
—— "Le Droit Civil Canadien," premier commentaire complet du Code Civil de la Province de Quebec, 3 vols parus, in-8, broché, chaque vol		4 50
relié ½ chagrin ou ½ veau, chaque vol	1895-97	5 00
4ème Volume sous presse. (L'ouvrage complet formera environ 6 volumes). Cet ouvrage, le premier de cette nature, est hautement apprécié par la Magistrature, le Barreau et les Notaires de la Province de Québec.		
MONTREAL LAW REPORTS, 14 vols	1885-91	70 00
MOOR'S Legal Sketches, 1 vol. cloth	1887	1 00
MORISSIER Traité sur la Responsabilité des Architectes et Entrepreneurs, 1 vol	1890	3 00
—— Code des Huissier-, Coroners et Shérifs, 1 vol. toile	1891	1 00
MORRON J. L., L.L.B. & MITCHELL VICTOR E., B.C.L. Manuel des Faillites, Français-Anglais, relié toile	1897	2 00
PYKE'S Reports, 1 vol	1810-11	5 00
QUEBEC LAW REPORTS, 17 vols	1875-91	0 00
RAPPORTS OFFICIEL DE QUEBEC, 15 vols	1892-96	0 00
" " Souscription, 3 vols par année		2 00
RAMSAY'S Appeal Cases, 1 vol	1887	8 00
RAMSAY & MORIN Montreal Condensed Reports, 1 v	1855	5 00
REVUE DE JURISPRUDENCE (La) Mensuelle, 2 volumes parus	1895-96	10 00
Souscription pour	1897	5 00
REVUE LEGALE (La), 22 vols	1869-94	110 00
" " N.S. Mensuelle, 2 vols parus	1895-96	10 00
" " Souscription pour	1897	5 00
SAUVALLE Manuel des Assemblées Délibérantes, 1 vol	1890	1 00
STEPHENS' Quebec Law Digest, 4 vols	1726-1891	40 00
SHARP'S Annotated Civil Code, 2 vols	1889	12 00
—— Consolidated Supplement	1896	9 00
—— Complete, 2 vols., and Consol. Supp	1896	20 00
TASCHEREAU'S Criminal Code, 1 vol	1894	10 00
TARIF DES AVOCATS, pamphlet	1891	50
WEIR'S Civil Code, 1 vol	1894	2 00
—— Municipal Code, 1 vol	1894	1 25
—— Insolvency Manual, 1 vol	1890	1 50
—— Bills of Exchange Act, 1 vol	1890	1 00
WILHELM Le Droit Romain Resumé en Tableaux Synoptiques.		1 00

C. THEORET

Editeur en Droit.

11 et 13 RUE ST-JACQUES

MONTREAL, CANADA.

DATE DUE

01 MAI 1993

03 MAI 1993

FEB 06 1999

FEV.

APR 1999

AVR.

16 AVR. 1999

a39003 0083906006